



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

JOÃO AUGUSTO RODRIGUES

**DISCRIMINAÇÃO INDIRETA NO TRABALHO POR MOTIVO DE
RAÇA E GÊNERO: UM ENFOQUE A PARTIR DAS TEORIAS DA
JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E DA ECONOMIA DA DISCRIMINAÇÃO**

BRASÍLIA

2012

JOÃO AUGUSTO RODRIGUES

**DISCRIMINAÇÃO INDIRETA NO TRABALHO POR MOTIVO DE
RAÇA E GÊNERO: UM ENFOQUE A PARTIR DAS TEORIAS DA
JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E DA ECONOMIA DA DISCRIMINAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito pelo
Programa de Mestrado e Doutorado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa
da Silva

BRASÍLIA

2012

Rodrigues, João Augusto.

Discriminação indireta no trabalho por motivo de raça e gênero: um enfoque a partir das teorias da justiça distributiva e da economia da discriminação / João Augusto Rodrigues. – Brasília: O Autor, 2012.

181 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Orientador: Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa da Silva.

1. Teorias da justiça distributiva. 2. Economia da discriminação. 3. Discriminação salarial. I. Título. II. Barbosa da Silva, Frederico Augusto (Orientador).

JOÃO AUGUSTO RODRIGUES

**DISCRIMINAÇÃO INDIRETA NO TRABALHO POR MOTIVO DE
RAÇA E GÊNERO: UM ENFOQUE A PARTIR DAS TEORIAS DA
JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E DA ECONOMIA DA DISCRIMINAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito pelo
Programa de Mestrado e Doutorado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa
da Silva

Brasília, ____ de _____ de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa da Silva
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Profa. Dra. Maria Isabel Pojo do Rego
Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ)
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)

Prof. Dr. René Marc da Costa Silva
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

AGRADECIMENTOS

Aos professores do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, pelo convívio e conhecimentos hauridos, e em especial ao Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa da Silva, meu orientador pelos meandros desta pesquisa ora finda.

O valor de um debate depende em grande parte da variedade dos pontos de vista em disputa. Se a Torre de Babel nunca tivesse existido, deveríamos inventá-la.

Karl Popper (1982, p. 384)

SIGLAS

Bacen	Banco Central do Brasil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEDAW	<i>Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women</i>
CF	Constituição Federal de 1988
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICERD	<i>Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination</i>
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MPT	Ministério Público do Trabalho
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT 10ª R.	Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região

RESUMO

Esta dissertação aborda o problema da discriminação indireta contra negros e mulheres no mercado de trabalho brasileiro. A partir de enfoque interdisciplinar, com prevalência de abordagens da filosofia política e da economia da discriminação, empreende-se a análise de um estudo de caso, representado pelas cinco ações civis públicas intentadas, em 2005, pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) contra instituições financeiras privadas atuantes no Distrito Federal. O objetivo é apreciar a prestação jurisdicional à luz de fundamentos axiológicos atinentes ao princípio da igualdade e às teorias da justiça distributiva, conjuntamente às explicações atribuídas pelo MPT às informações estatísticas apresentadas como meio de prova. O resultado da pesquisa sugere a necessidade de a legislação prever explicitamente a inversão do ônus probatório, na hipótese em que o polo ativo da lide apresente elementos indiciários de ocorrência de discriminação indireta (presunções *prima facie*).

Palavras-chave: Princípio da Igualdade. Teorias da Justiça Distributiva. Economia da Discriminação. Discriminação Indireta. Mercado de Trabalho.

ABSTRACT

This dissertation tackles the problem of indirect discrimination against blacks and women in the Brazilian labor market. From interdisciplinary focus, with a prevalence of the approaches of the political philosophy and of the discrimination economics, undertakes the analysis of a case study, represented by the five public actions brought in 2005 by the Public Ministry of Labour (MPT) against private financial institutions operating in the Federal District. The objective is to assess the jurisdictional provision in the light of axiological grounds related to the principle of equality and to the theories of distributive justice, together with the explanations attributed to statistical information presented as evidence by the MPT. The search result suggest the need of the legislation to provide for the reversal of the burden of evidence, under the assumption that the active pole of the litigation shows elements that denote the occurrence of indirect discrimination (*prima facie case*).

Keywords: Principle of Equality. Theories of Distributive Justice. Economics of Discrimination. Indirect Discrimination. Labour Market.

SUMÁRIO

	Pág.
INTRODUÇÃO	11
1 IGUALDADE E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	25
1.1 A Perspectiva Lógico-Linguística	26
1.2 O Enfoque Filosófico-Político	30
<i>1.2.1 Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação</i>	<i>33</i>
<i>1.2.2 O Utilitarismo</i>	<i>39</i>
<i>1.2.3 O Igualitarismo Liberal</i>	<i>43</i>
1.2.3.1 John Rawls: Justiça como Equidade	43
1.2.3.2 Ronald Dworkin: Igualdade de Recursos	50
<i>1.2.4 O Libertarismo</i>	<i>55</i>
<i>1.2.5 Filosofias Políticas Alternativas</i>	<i>63</i>
1.2.5.1 Amartya Sen: Capacidades e Funcionamentos	63
1.2.5.2 O Marxismo	68
1.2.5.3 O Feminismo	73
1.3 A Perspectiva Jurídica	84
<i>1.3.1 Discriminação: conceito, Licitude e Ilícitude</i>	<i>86</i>
<i>1.3.2 Discriminação Direta e Discriminação Indireta</i>	<i>88</i>
<i>1.3.3 Discriminação no Trabalho</i>	<i>90</i>
<i>1.3.4 Ações Afirmativas</i>	<i>94</i>
<i>1.3.5 O Tratamento Jurídico no Plano Internacional</i>	<i>98</i>
<i>1.3.6 As Medidas Legais no Brasil</i>	<i>99</i>
<i>1.3.7 Questões Remanescentes</i>	<i>100</i>
Comentários Finais ao Capítulo 1	103
2 AS CONTRIBUIÇÕES TEÓRICO-EMPÍRICAS DA ECONOMIA DA DISCRIMINAÇÃO	107
2.1 A Taxonomia Clássica	107
2.2 Análise de Demanda: discriminação direta	110
<i>2.2.1 O Modelo de Preferência pela Discriminação de Gary Becker</i>	<i>110</i>
2.2.1.1 Discriminação pelo Consumidor ou Cliente	111
2.2.1.2 Discriminação pelo Empregador ou Empresário	112
2.2.1.3 Discriminação do Empregado	114
<i>2.2.2 O Modelo de Discriminação Fundamentado no Poder de Mercado</i>	<i>115</i>
<i>2.2.3 O Modelo de Discriminação Estatística</i>	<i>117</i>
<i>2.2.4 O Modelo de Concentração ou de Segregação Ocupacional</i>	<i>120</i>
	120

2.3 Análise de Oferta: a difusa fronteira entre discriminação indireta e fatores não discriminatórios	
2.3.1 <i>Escolha de Especialização e Divisão Sexual de Trabalho</i>	122
2.3.2 <i>Decisões Relacionadas ao Capital Humano</i>	122
2.3.4 <i>Fatores Não Discriminatórios como Resultado de Comportamentos Discriminatórios no Mercado de Trabalho</i>	123
2.3.5 <i>Fatores Não Discriminatórios como Resultado de Comportamentos Sócio-culturais Discriminatórios</i>	125
2.4 O Fenômeno da Discriminação Salarial Observado pelas Estatísticas e Pesquisas Empíricas	125
2.4.1 <i>Breve Descrição da Modelagem Mais Empregada para Mensurar o Fenômeno da Discriminação Salarial</i>	125
2.4.2 <i>Os Números de Algumas Pesquisas Empíricas</i>	127
Comentários Finais ao Capítulo 2	134
 3 AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO CONTRA BANCOS PRIVADOS NO DISTRITO FEDERAL	 138
 3.1 A Prestação Jurisdicional	 144
3.2 Avaliação Crítica	147
3.2.1 <i>Sobre Provas, Verossimilhanças e Probabilidades</i>	147
3.2.2 <i>Discriminação Indireta e Inversão do Ônus da Prova</i>	151
3.2.3 <i>Outras Hipóteses Explicativas e Abertura para Investigações</i>	155
Comentários Finais ao Capítulo 3	160
 CONCLUSÕES	 162
 REFERÊNCIAS	 170

Se não há verdade, não há injustiça. Moral e politicamente vale tudo. Sempre há jogos de linguagem pavorosos sendo preparados em algum lugar. Eles serão 'jogados' por aqueles que procuram pelas suas chances com zelo mortal. Resta mostrar que, entre as nossas defesas contra eles, temos nada melhor do que conceitos de uma humanidade comum, de direitos universais e de raciocínio em comum para tentar descobrir como são as coisas, a fim de minimizar o sofrimento evitável e a injustiça¹.

Norman Geras (1995, p. 143)

INTRODUÇÃO

Afirmava Bertrand Russell (1950, p. 104) que as mais acirradas controvérsias entre partes em contenda dizem respeito a questões sobre as quais não há, de ambos os lados, nenhuma boa evidência capaz de solucioná-las. O problema da discriminação contra minorias ou grupos vulneráveis, decerto, pode ser considerado como um desses polêmicos temas, em razão de sua natureza multifacetada, objeto de estudo de áreas tão distintas quanto a Filosofia, a Sociologia, a Economia e o Direito. Afinal, algumas das práticas comumente empregadas para combatê-la são bastante controversas. Nunca, contudo, pela carência de bons argumentos dos que as defendem ou dos que as combatem.

Desde logo há de se deixar claro o tema desta dissertação: conforme se pode depreender do preâmbulo antecedente, reporta-se ele à discriminação, com foco na de natureza indireta, que se opera no mercado de trabalho, particularmente contra duas categorias sociais que, sendo numericamente majoritárias no espaço social brasileiro, mostram-se vulneráveis quando se trata da defesa de seus direitos – as mulheres e os negros –, categorias²

¹ No original: “*If there is no truth, there is no injustice. Morally and politically anything goes. There are appalling language games always in preparation somewhere, now as much as ever. They will be ‘played’ by those looking for the chance of it in deadly earnest. It remains to be shown that, amongst our defences against them, we have anything better than the concepts of a common humanity, of universal rights, and of reasoning together to try to discover how things are, in order to minimize avoidable suffering and injustice*”.

² Nesta dissertação, os termos **grupo social** e **categoria social** serão empregados de modo intercambiável, muito embora possuam especificação precisa nas lições da teoria sociológica. Ely Chinoy (1993, p. 75-77) esclarece que mulheres e negros ficam mais bem classificados como categorias sociais que como grupos sociais, pois enquanto os primeiros consistem em pessoas que possuem *status* semelhante e, portanto, desempenham o mesmo papel social, os segundos constituem certo número de pessoas cujas relações se fundam numa série de papéis e *status* interligados, sendo identificáveis por três atributos: interação padronizada, crenças e valores partilhados e consciência de espécie.

para as quais, em princípio, nem mesmo cabe a opção volitiva de pertencimento, haja vista os fatores autoevidentes que os diferenciam.

Com efeito, duas das mais importantes lutas sociais empreendidas ao longo do século passado, mas que se prorrogam pelo início deste século XXI, foram exatamente os movimentos de negros e mulheres em busca de maior participação na sociedade, quer mediante a escalada de posições estratégicas nas relações de poder – capazes de influenciar na adoção de políticas públicas que lhes sejam favoráveis –, quer pela busca de melhores condições de trabalho e de remuneração, quer ainda pela via concorrente da definição de direitos que lhes protejam das vias transversas da discriminação e do opróbrio, quer velados quer manifestos.

O Contexto Sociolaboral em que se Produzem as Desigualdades

O fenômeno da exclusão social, tão presente nas sociedades contemporâneas, com maior acento nas menos desenvolvidas, há de ser entendido no marco das fortes transformações ocorridas nos últimos trinta a quarenta anos e que têm implicado importantes redefinições das regras do jogo social e das possibilidades de inter-relação humana em distintos âmbitos da sociedade e da vida das pessoas: transformações na natureza do Estado e em seus princípios de ação e de intervenção na sociedade e na economia; transformações no terreno macroeconômico, pela emergência de um sistema capitalista globalizado; mudanças no próprio mundo da empresa e no marco das relações laborais; mudanças também em outras estruturas sociais, como a família, que haviam tido até então a função histórica incontestada de serem atenuadores eficazes, para os indivíduos, de seus problemas de desconexão ou de exclusão social.

No intercurso entre uma sociedade meramente proletária, em meados da segunda metade do século XIX, para outra de ordem salarial, Robert Castel (1998, p. 420-436) identifica um processo qualificável a partir de cinco componentes principais: (i) diferenciação entre trabalhadores efetivos e inativos; (ii) fixação do trabalhador em seus postos de trabalho; (iii) reconhecimento do trabalhador como consumidor; (iv) participação e uso de serviços públicos; e (v) contrato coletivo como meio pelo qual o trabalhador é reconhecido como membro de uma categoria.

Essa **sociedade salarial**, que conhece seu apogeu sob o modelo do Estado de Bem-Estar keynesiano, nomeadamente entre a Segunda Guerra Mundial e a crise econômica

dos anos setenta, consolida o trabalho como norma generalizada de integração social e estatuto de dignidade e de cidadania democrática. Estabeleceu-se ele como um pacto, ou bem tácito ou bem explícito, conformado via de regra no plano jurídico – basta ver a criação dos direitos laborais, das coberturas sociais dos riscos do emprego, do desemprego e da enfermidade, das normas de negociação coletiva etc. –, entre o capital e o trabalho, por meio do qual se atribuía ao Estado a capacidade para intervir em acentuada escala no mundo econômico, assim como na sociedade, com o objetivo de perseguir dois fins essenciais: manter o crescimento econômico e implementar intervenções redistributivas de bem-estar social capazes de viabilizar a coesão social (CASTEL, 1998, p. 481-493).

Todavia, com as mudanças do fordismo para o pós-fordismo, tal sociedade passou da **segurança** ao **risco**, terminologia empregada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck para designar o processo geral de individualização que se dá com a segunda modernização em que ora a sociedade global estaria imersa, a supor um aumento da liberdade dos indivíduos para moldar as suas trajetórias vitais, com mais independência frente a marcos familiares e convencionais tradicionais. Porém, simultaneamente, haveria consequências negativas no campo da inserção laboral, que têm a ver com a exposição a uma série de novos riscos: o risco de estar desempregado, o risco de trabalhar intermitentemente e com fortes doses de precariedade estatutária e salarial, o risco de subemprego nas qualificações etc. (BECK, 2002, p. 2 e 153).

Adjacente às fronteiras que delimitam o problema a ser analisado por esta dissertação, a condicionar o *modus operandi* dos intervenientes nos mercados de trabalho em quaisquer regiões do planeta, surge o fenômeno da globalização, em que cada vez menos, como identifica Domenico de Masi (2000, p. 24-25), a quantidade e a qualidade dos bens produzidos estão ligadas a um lugar e a um tempo determinados e precisos de produção.

Tais forças exógenas vêm imputando à economia interna brasileira impactos nada desprezíveis, especialmente sobre suas relações contratuais de trabalho, ainda bastante pautadas pela ideia de estabilidade, dentro de um cenário em que a própria taxonomia dominante caracteriza o país como **emergente**, mas que não logra ocultar a linguagem eufêmica para fazer passar ao largo a realidade representada pela ampla gama de recursos humanos malempregados, subempregados ou desempregados, como a ratificar que “a desmesura e o desperdício” são, de fato, a tônica do capitalismo contemporâneo (GIANNOTTI, 1983, p. 364). Em síntese: o que parece ser um corolário natural de mercados

livres é o desterro do bem-estar de parcela da população mundial, com a experimentação de carências e outras externalidades negativas, além de configurar, de todo modo, ineficiente aplicação de recursos, tanto mais grave em face do descarte ou marginalização do esforço humano.

Com isso, muitos indivíduos e coletivos encontram-se desorientados ante o mundo do emprego, que passou a ser um dos eixos dos atuais processos de exclusão social. Tendo em vista tais configurações, Castel divide o espaço social em três setores, com respeito à sua vinculação com o emprego assalariado e características sociais: os **integrados**, os **vulneráveis** e os **excluídos ou supranumerários**. No que se refere ao processo de exclusão, o sociólogo francês, empregando o termo desfiliação, associa-o a processos contemporâneos de desestabilização dos estáveis, que se tornam vulneráveis e se instalam na precariedade – desemprego de longa duração ou recorrente –, culminando num déficit de lugares ocupáveis na estrutura social, transformando-se em não-forças sociais e perdendo a identidade de trabalhadores, construída ainda sobre as bases da sociedade salarial (CASTEL, 1998, p. 526-527).

Para fazer frente à questão dessa desfiliação, Castel avoca duas formas de intervenção política que expressam diferentes formas de inserção social: (i) as **políticas de integração**, com tendências universais, que caracterizam o padrão hegemônico existente no ápice da sociedade salarial; e (ii) as **políticas de inserção**, tais como as de discriminação positiva, criações mais recentes surgidas como resposta a fenômenos de desfiliação contemporâneos, caracterizadas como medidas pontuais e específicas, voltadas para pessoas que sofrem um déficit de integração (CASTEL, 1998, p. 537-538).

Não por simples coincidência, grande parcela dos que sofrem esse déficit de integração pertence ao segmento da força de trabalho que, com mais frequência e duração, está exposto ao desemprego, ganha abaixo da média, trabalha em atividades com limitada autonomia, expõe-se a riscos excepcionais à sua integridade física, é menos qualificado profissionalmente e, em vista desse quadro desfavorável, está mais vulnerável a dispensas. Nesse grupo-problema, **características sociais não adquiridas** – tais como educação, renda e local de residência –, entrecruzam-se com outras que lhe são **atribuídas**, conexas a predicados fixos ou imutáveis, como o sexo, a raça, a idade ou a condição física (OFFE, 1989, p. 21-22).

Obstáculo reprovável se manifesta quando membros desse grupo são preteridos no mercado laboral não em razão de uma lógica que possa ser atribuída exclusivamente a requisitos de ordem econômica passíveis de serem considerados legítimos, como a qualificação ou habilidades requeridas para o posto pleiteado, a detenção do nível educacional formal a ele atrelado ou que tais, mas tão apenas em função do fator **raça** ou **gênero** do postulante ao emprego.

Mesmo intuitivamente pode-se inferir que se trata de uma situação injusta, que não resulta de quaisquer elementos imputáveis à culpa ou demérito dos pretendentes ao posto, configurando bem a situação infundada que Max Weber descreve com sua prosa irretorquível, qual uma seta sem réplica:

A mais simples observação mostra que, quando existem contrastes acentuados entre o destino ou a situação de duas pessoas, seja quanto à saúde ou à situação econômica, social ou outra qualquer, aquele que se encontra na situação mais favorável, por mais patente que seja a origem puramente “casual” da diferença, sente a necessidade incessante de poder considerar o contraste que o privilegia como “legítimo”, a situação própria como “merecida”, e a do outro como resultado de alguma “culpa” dele (WEBER, 2004, p. 197).

O desconforto gerado pela situação em apreço oblitera a manifestação plena do princípio de igualdade que deve reger as relações humanas, porque concorre para um estado de coisas com potencial para distanciar indivíduos ou grupos de um estado desejável de pacificação social.

O Direito ao Trabalho e o Princípio da Igualdade no Mercado Laboral

Esta pesquisa se inscreve, como se deduz, no domínio de um dos mais importantes direitos atribuídos à pessoa humana – sendo por isso mesmo, no plano interno, considerado entre aqueles fundamentais –, qual seja, o **direito ao trabalho**, tal como o preconiza o artigo 23 da **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nesse plano, não se pode olvidar que é pelo exercício da atividade laboral que o ser humano, como tão bem discorre Hannah Arendt (2005, p. 182), participa não somente de suas “fadigas e penas”, como também da felicidade com que pode experimentar o fato de estar vivo. Mais que isso: o trabalho, quando não alienante e expropriador, tem a faculdade de emancipar e tornar independente o agir humano, contribuindo de modo decisivo para a consolidação da **dignidade da pessoa**, ainda que a identidade dessa mesma pessoa transcenda “[...] em grandeza e importância, tudo o que ela possa fazer ou produzir” (ARENDT, 2004, p. 223).

Sob tal prisma, mais que um direito social inscrito no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, o trabalho é um dos fundamentos da República (artigo 1º, IV, CF) e base de toda a ordem social (art. 193, CF). Disso decorre que o que se percebe como um direito é uma determinada posição social: se o trabalho pode ser considerado um direito, é, em primeira mão, em razão de permitir o atendimento de necessidades materiais, embora nem rendimentos mínimos, tampouco assistência social possam satisfazer os estratos sociais: aquilo a que se tem direito é a inserção no seio de uma coletividade econômica e social.

Apesar de ser um dos valores que dá sustentação ao direito do trabalho, a igualdade não é um princípio exclusivamente seu, sendo, por isso mesmo, um direito constitucional laboral inespecífico, porquanto a imposição de seu corolário de não discriminação estende-se a muitas outras relações que não apenas as de trabalho (LIMA, 2011, p. 5-6). Quando aplicável ao campo das relações laborais, o princípio da igualdade busca restaurar o equilíbrio de ordem material entre partes que não se encontram num mesmo patamar de poder, como ocorre assaz frequentemente, por meio de mecanismos compensatórios.

O princípio geral da igualdade se expressa em dois sentidos mais pronunciados: um sentido primário negativo, que consiste na proibição de privilégios, de distinções, de arbítrios e de discriminações injustas; e um sentido positivo, resultante da obrigatoriedade de se diferenciar situações não assemelhadas, como forma de compensar as desigualdades de oportunidades e de tratamento que elas comportam.

Como se pode inferir com alguma facilidade, nem todas as desigualdades são, necessariamente, injustas, não obstante seja a discriminação um tipo de desequiparação a que pode ser atribuído tal predicado. Significa ela algo mais que simples diferença ou distinção, pois incorpora um juízo de valor, de conotação pejorativa, histórica ou subjetivamente condicionado, em detrimento de uma categoria ou grupo (BOBBIO, 2002, p. 107-108), cuja manifestação pode se dar em diversos domínios, tais como no mercado de trabalho, na educação, na assistência médica, nos serviços sociais, nas relações domésticas e, por que não dizer, na própria justiça penal.

Em cada um desses domínios é possível identificar pontos-chave nos quais a discriminação mais comumente ocorre. Nomeadamente no mercado de trabalho, quatro são amiúde identificáveis: (i) **no acesso às instituições e procedimentos** – por meio da contratação, das entrevistas e em reiteradas negativas de emprego; (ii) **no exercício dentro do**

domínio – via diferencial de salários, no processo de avaliação e no ambiente de trabalho; (iii) **na movimentação através do domínio** – caracterizável nos mecanismos de promoção, demissões e recontrações; e (iv) **nos atores-chave** – quais sejam, empregadores, consumidores ou clientes e colegas de trabalho (BLANK; DABADY; CITRO, 2004, p. 67).

Uma distinção que se faz no âmbito da pesquisa é entre **discriminação direta e indireta**. Diferentemente da primeira que se manifesta expressamente em atos de rejeição contra negros, mulheres ou outros grupos vulneráveis fundados em critérios proibidos facilmente caracterizáveis, a segunda resulta de práticas administrativas ou empresariais, leis, normas ou políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de potencial discriminatório, enquanto capazes de gerar efeitos desproporcionais e injustos em prejuízo dos mencionados grupos.

No domínio econômico duas são as mais importantes teorias formuladas pelos economistas para explicar a discriminação de um modo geral e, em especial, no mercado de trabalho. A primeira diz respeito ao que se costuma chamar por **gosto pela discriminação**, ou seja, alguém discrimina determinado tipo de pessoa tão apenas porque prefere não interagir com ele. Este parece ser o caso mais comum de discriminação contra os negros, especialmente no acesso ao emprego; quanto às mulheres, em tese, tal forma seria mais limitada aos casos em que potenciais empregadores ou empregados venham a expressar, de algum modo, comportamentos preconceituosos, misóginos ou, por outra forma, não aceitem ser comandados por mulheres. Quanto à segunda forma, mais conhecida como **discriminação baseada na informação**, empregadores agem de acordo com crenças que possuem sobre determinadas categorias, como negros e mulheres, tal qual a de que são menos capazes e, por isso, têm menor produtividade no trabalho ou emprego³ (LEVITT; DUBNER, p. 74-75).

Além do enfoque na dimensão econômica do problema, o tratamento da questão não prescinde de percurso pelo terreno normativo das filosofias políticas da justiça, especificamente da justiça distributiva. Ante a existência de forças socioeconômicas que estão além das possibilidades de as pessoas modificá-las enquanto agentes atuando de forma

³ Cumpre ressaltar que o fenômeno da discriminação no mercado de trabalho não se limita ao âmbito das duas formas tradicionais de discriminação que serão aqui tratadas – em razão da raça e do gênero –, senão que se manifesta, de igual modo, em razão de credos religiosos, origem social e contra trabalhadores migrantes. Mais recentemente, novas formas, com base na orientação sexual, deficiência física, portabilidade de doenças como a *aids*, predisposições genéticas e estilos de vida passaram a manifestar-se.

individualizada, em combinação a outros fatores pelos quais estas podem ser responsabilizadas, opta-se por concentrar a pesquisa em projetos teóricos de justiça distributiva com algum lineamento individualista, em detrimento a outros de ordem comunitarista ou coletivista, ainda que, como se verá, haja o resgate de parte da contribuição marxista pautada pela proposta de desalienação dos trabalhadores em sociedades capitalistas.

Justificativas Teórico-Empíricas e Delimitações à Pesquisa

É frequente, entre os teóricos do desenvolvimento de diferentes matizes, com destaque para os neoclássicos Joseph Stiglitz, Lester Thurow e Milton Friedman, a tese tendente a ver diferenças adscritas, no âmbito de sociedades capitalistas – a exemplo das que se fundam em raça e gênero – como transitórias, a constituírem imperfeições que seriam definitivamente superadas no momento em que o equilíbrio num mercado competitivo fosse atingido⁴.

Todavia, a hipótese de mercado competitivo, menos que a de mercados não competitivos ou de concorrência imperfeita, inscreve-se em um espaço probabilístico de menor alcance nas modernas economias, nas quais grandes corporações transnacionais formulam suas políticas de investimentos com enorme poder de mercado, no mais das vezes alheias a problemas de ordem social, fazendo uso exatamente das precitadas imperfeições, para extrair lucros desproporcionais por meio de arbitragens.

Seja como for, o fenômeno da discriminação no mercado de trabalho não pode ser considerado um problema menor. Não fosse a discriminação contra negros, mulheres e outros grupos estigmatizados matéria recorrente no mundo inteiro – ou, pelo menos, em grande parte dele –, não haveria razão de ser para a edição de importantes convenções. Idem, contra a discriminação especificamente nas relações de trabalho⁵. E não se afirme que dizem

⁴ Além da premissa mencionada, mencionam-se, com frequência, outras condicionantes para que isso ocorra, tal como a de que as forças da concorrência não estejam em conflito com a legislação de salário igual para trabalho igual (LOVELL, 1995, p. 40 e n. 3). Em termos sumários, *vide Síntese Conclusiva do Capítulo 2*, desta dissertação.

⁵ Sob tal ótica, pode-se contemplar a aprovação, pela Organização das Nações Unidas (ONU), de duas convenções, ambas ratificadas pelo Brasil, a tratar, respectivamente, da discriminação racial e da discriminação contra a mulher, a saber: a *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (ICERD), de 21 de dezembro de 1965, e a *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (CEDAW), de 18 de dezembro de 1979. No domínio das relações de trabalho, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou, entre outras, a Convenção nº 111, de 5 de julho de 1958, intitulada *Convention Concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation*.

respeito a matéria pacífica: são elas controversas desde o início, com idas e vindas quando se trata de concretizar direitos dessas categorias sociais, sobretudo em países multiculturais ou multiétnicos, como os Estados Unidos ou o Brasil, pois a adoção de ações afirmativas – a política mais visível para favorecer, de modo imediato, as classes menos dotadas –, sofre a crítica transversa de infringir o próprio princípio da isonomia ou da igualdade.

Afora tais fundamentos de justificação, observa-se ser patente, especialmente na sociedade brasileira, a carência de proporcionalidade entre o contingente a representar as referidas categorias sociais e a respectiva detenção de poder, seja de ordem política seja econômica. Essa desproporcionalidade resulta de uma ordem social que, deliberadamente ou não, relega à margem maiorias ostensivamente numéricas, eis que, segundo dados veiculados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010, p. 35; 229-230; 232; 254-255), para o ano de 2009, 51,3% e 51,1% da população brasileira, respectivamente, pertencem a cada um dos grandes grupamentos de mulheres e de negros ou pardos. Outros números desse mesmo levantamento evidenciam a distribuição inversa desses grupamentos quando em confronto com os seus pares categoriais: mulheres têm maior representatividade numérica entre os segmentos de menor poder aquisitivo, representatividade que cai, em favor dos homens, quando se avança na escala dos segmentos de maior renda pessoal. Idem para negros ou pardos, em comparação com aos brancos. Por fim, não se desdenhe a condição cruzada de ser mulher e de ser negra ou parda no mercado laboral brasileiro: trata-se de antítese ao “melhor dos mundos possíveis” panglossiano (VOLTAIRE, 1994, p. 94).

O quadro assim delineado sobre a discriminação no mercado de trabalho é o ponto de partida para esta dissertação, que problematiza, com maior contundência, a existência dos diferenciais de salários por motivo de raça e gênero no mercado de trabalho privado pátrio, procurando apartar os componentes desse *gap* que decorrem de fatores considerados legítimos – como a qualificação profissional, nível de instrução e outros –, de outros espúrios, atribuídos à discriminação.

Como hipótese de trabalho, para que esta pesquisa não se pareça, à primeira vista, com um engenho a operar no vazio, admite-se a existência de discriminação indireta contra mulheres e negros, enquanto ofertantes de força de trabalho, conjectura com mais chances de ser convalidada empiricamente. Ademais, acolhe-se a presunção de que a discriminação no mercado laboral não se manifesta uniformemente nos mercados privado e público, mesmo em razão de que, neste último, a forma de ingresso preferencial, estatuída

pela Constituição Federal, ser a do concurso público, o que contribui, de algum modo, para atenuar o problema objeto de estudo, ainda que, em tese, o concorrente ao posto de trabalho deva possuir graus de instrução e de aperfeiçoamento técnico prévios, compatíveis com o posto de trabalho almejado, o que pressupõe educação formal e habilitações profissionais de bom nível. Tal não acontece no mercado de trabalho privado, em que a força decisional do empresário – e em muitos casos, do próprio consumidor de seus produtos e serviços – determina os fatores condicionantes da contratação de mão de obra, mesmo sob o domínio de legislação antidiscriminatória, a qual constitui, no mais das vezes, mera variável computada friamente no cálculo capitalista de custo-benefício.

Sob a presunção de ocorrência de discriminação de natureza indireta, não deixa de ser emblemático o fato de serem raras as lides a envolver pleitos que busquem confrontar prováveis comportamentos antijurídicos de empresários, especialmente em processos de admissão de pessoal, o que pode denotar, por outro ângulo, possíveis inaptações na legislação processual para fazer frente a causas de que se trata, sobretudo as de caráter coletivo.

O quadro assim delineado permite problematizar se a legislação antidiscriminatória existente é capaz de orientar pedagogicamente o comportamento dos empregadores no mercado laboral privado, ou seja, se logra vencer o embate entre **razão jurídica** e **razão econômica**, tema preferencial da linha de pesquisa *Law & Economics*, que atinge o seu fastígio – se não for prematuro dizê-lo – na obra do jurista norte-americano Richard Allen Posner.

Sob esse ângulo, o imperativo de se conhecer e avaliar, de modo aprofundado, o acervo teórico acerca do fenômeno da discriminação, especialmente em suas dimensões ético-política e econômica; as regulações internacional e interna com vistas à proteção dos direitos das mulheres e de negros, nomeadamente no que tange ao trabalho; bem assim o tratamento judicial dado ao problema da discriminação indireta no mercado laboral nacional conforma um quadro que serve, a um só tempo, como lastro para ratificar a importância do objeto desta pesquisa e para especificar os seus objetivos, a saber: (i) desenvolver e analisar o arcabouço teórico que baliza o princípio da igualdade, procurando-se abordá-lo sob um enfoque

interdisciplinar, com especial atenção às suas dimensões filosófica, econômica e jurídica⁶; (ii) discorrer criticamente sobre as principais teorias da justiça distributiva, uma das formas cardinais de manifestação da igualdade; (iii) investigar, identificar e avaliar os instrumentos conceituais e analíticos por meio do qual a ciência econômica aborda o problema da discriminação no mercado de trabalho; (iv) sumariar as principais conclusões obtidas por pesquisas de campo, no sentido de convalidar ou rejeitar hipóteses atinentes à ocorrência de discriminação no mercado de trabalho pátrio; e (v) examinar criticamente a forma pela qual a Justiça do Trabalho brasileira leva em consideração as provas de discriminação contra grupos vulneráveis, obtidas por via indireta.

Metodologia Adotada e Estrutura da Dissertação

Esta dissertação apresenta os resultados da pesquisa empreendida sobre o tema selecionado em três capítulos bem definidos: no **Capítulo 1**, a partir de pesquisa bibliográfica seletiva, recolhem-se os mais relevantes desenvolvimentos sobre o princípio da igualdade – e mais especificamente sobre uma de suas expressões mais conhecidas no mundo contemporâneo, ou seja, a de justiça distributiva –, levados à frente sob três perspectivas distintas, quais sejam, a lógico-linguística, a filosófico-política e a jurídica.

Discorrer sobre as aludidas abordagens torna possível o contato com teorias e argumentos, jurídicos e extrajurídicos, que embasam a sua aplicação à realidade fática. Especificamente no campo filosófico-político, procurou-se não limitar a pesquisa a um autor ou a uma dada corrente doutrinária, para que se pudesse alcançar um acervo de ideias que fosse representativo do debate ético-político ocorrido, sobretudo, nas últimas quatro décadas. Assim, são desenvolvidas as ideias das seguintes perspectivas, em suas linhas de argumentação mais legíveis: utilitarista, liberal, libertarista, capacitária, marxista e feminista.

Consigne-se que as teorias da justiça contemporâneas, distintamente das teorias clássicas de cunho mais utópico, não se preocupam em apenas ser coerentes e rigorosas em seus fundamentos e argumentações, como também procuram ser factíveis, por meio da concatenação de um fértil diálogo com as ciências sociais positivas.

⁶ Sem ignorar a importância da contribuição da Sociologia ao tema da discriminação, optou-se por lançar mão de seus aportes teóricos somente em eventuais arremates a argumentos e ideias que, porventura, requeiram algum aprofundamento para a sua melhor compreensão.

Contudo, em face do escopo desta pesquisa, desenvolver um panorama exaustivo dessas teorias é propósito que dispersa esforços, na medida em que algumas delas não convergem para os objetivos colimados. Para empregar uma metáfora de Sokal e Bricmont (2006, p. 86), em crítica à regra do “tudo vale” metodológico de Paul Feyerabend⁷, nem todos os movimentos corporais ajudam um náufrago a salvar-se de um desastre, senão apenas aqueles que o façam dirigir-se a um ponto mais próximo e seguro em terra.

Isso explica a preferência – embora não a exclusividade –, neste apanhado, pelas teorias orientadas, de algum modo, a direitos que conferem ao indivíduo o domínio de si próprio e de seus bens, de sorte a contemplar o ideário de desalienação, autonomia e responsabilidade, num ambiente capaz de viabilizar condições de igualdade de tratamento e de oportunidades para todos. É o que se constata na maioria das teorias pós-welfaristas, ditas igualitaristas, as quais, embora persigam, cada qual, uma determinada forma de igualdade, diferenciam-se sobre o lugar central, e a precisa definição, do tema da responsabilidade do indivíduo.

Há quem denuncie as insuficiências das concepções distributivas da justiça, destacando que muitas das demandas de justiça formuladas hoje em dia nada têm a ver com a distribuição de recursos ou bens básicos entre os indivíduos, com destaque para as demandas por reconhecimento, que vêm experimentando especial protagonismo político desde meados da década de 90 do século passado.

Entretanto, é questionável o entendimento de que reivindicações por reconhecimento sejam incompatíveis com os requerimentos de justiça distributiva. Primeiramente, porque identidade e reconhecimento podem ser concebidos como necessidades primárias das pessoas a serem levados em consideração em uma concepção distributiva da justiça. Além disso, lutas por reconhecimento têm lugar em um mundo de desigualdades na distribuição de bens materiais. Tal como observa Ruiz-Gálvez (2003, p. 144-145), injustiças socioeconômicas – exploração, marginalização econômica, privação dos

⁷ Para quem: “Todas as metodologias têm limitações e só a ‘regra’ do ‘vale tudo’ é capaz de manter-se” (FEYERABEND, 1977, p. 450).

bens materiais indispensáveis – e injustiças culturais – dominação cultural, não reconhecimento, menosprezo – se entrecruzam e se apoiam mutuamente⁸.

De todo modo, prevalecendo a opção pelas teorias de justiça distributiva, incursões incidentais sobre questões de identidade e reconhecimento são trazidas ao contexto desta dissertação, especialmente nos pontos que tratam de demandas associadas à população negra brasileira.

A elaboração de um quadro analítico de filosofias políticas de justiça, de cunho axiológico e normativo – tal como o desenvolvido no capítulo sob comento –, permite encetar um retorno às restrições sobre a metodologia empírica comumente empregada na mensuração da discriminação, objeto de análise no capítulo subsequente.

O **Capítulo 2** volta-se às contribuições que a ciência econômica oferece para explicar o fenômeno da discriminação do mercado de trabalho. Resultou ele de pesquisas bibliográfica e documental, expostas sequencialmente, a abrigar conceitos, hipóteses e modelos teóricos sobre práticas discriminatórias e os resultados de inúmeras pesquisas realizadas entre 2005 e 2011 no mercado de trabalho nacional, para os grupos de mulheres e negros em cotejo ao de homens brancos.

A maior parte do acervo teórico levantado pertence à denominada **economia da discriminação**, parte indissociável da **economia do trabalho**, que, na diferenciação bifronte dos grandes ramos da ciência econômica, se insere na **microeconomia**, mais preocupada, segundo a metáfora marshalliana, em analisar as árvores que a floresta como um todo. Por conseguinte, as contribuições da economia da discriminação e as das teorias da justiça distributiva selecionadas compartilham um mesmo denominador comum, isto é, a identificação com propostas de conotação liberal, focadas no comportamento racional dos indivíduos.

No campo de análise dessa linha de pesquisa, a discriminação é normalmente medida como um resíduo depois que os dados para dois grupos distintos houverem sido

⁸ Esse entendimento é o mesmo que se pode extrair da seguinte proposição do sociólogo lusitano Boaventura de Sousa Santos (2002, *passim*): “Uma vez que todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto, com concepções concorrentes de igualdade e diferença, as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. Este é, consabidamente, um imperativo muito difícil de atingir e de manter”.

padronizados para as suas características pessoais. Assim, para descobrir se há discriminação salarial entre homens e mulheres, os dados são padronizados para diferentes níveis de instrução, distinção ocupacional, tempo de serviço, horas de trabalho etc.

No entanto, estimar e explicar o grau de discriminação contra os grupos investigados, nesses moldes, com razoável grau de precisão e aderência à realidade dos fatos, não passa ao largo de contestações, pois, como se verá, sempre se poderá objetar no sentido de que um refinamento mais apurado dos dados, como consequência de fatores legítimos deixados à margem, poderia ser capaz de reduzir o mencionado diferencial, desqualificando, desse modo, parte do *gap* associado à discriminação.

Por fim, o **Capítulo 3** ocupa-se de um **estudo de caso**, nomeadamente a demanda paradigmática patrocinada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) em 2005, junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT 10ª R.), mediante cinco ações civis públicas (ACPs), expondo-se as suas razões, argumentações e pleitos, no sentido de se reconhecer a ocorrência de práticas discriminatórias, contra negros e mulheres – embora não apenas contra estes –, por parte de instituições financeiras privadas atuantes no Distrito Federal.

A partir de pesquisa de campo, concentrada em especial nos autos do processo contra o Banco Itaú Holding Financeira S.A., além das sentenças e acórdãos exarados nos autos de todas as cinco ACPs – obtidos diretamente do *site* do referido Tribunal –, apreciam-se os argumentos mais importantes avocados por autor e réus, bem assim a prestação jurisdicional proporcionada por três diferentes turmas recursais do TRT, esgrimindo-se os fundamentos principais para o não acolhimento das demandas então formuladas. Ao final, oferece-se uma avaliação crítica sobre os percalços metodológicos e epistemológicos que emergem de tão controversa lide, em especial sobre a questão probatória.

*O sentimento de incerteza é ativo: ele ativamente reconhece a possibilidade de visões alternativas e as procura. Considero essencial à honestidade o olhar voltado aos melhores argumentos contrários à posição que se está sustentando*⁹.

Kenneth Arrow (1992, p. 47)

1 IGUALDADE E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

O conceito de igualdade é, decerto, um dos mais elusivos, multifacetados e controversos entre aqueles que conformam os ideais políticos e sociais das sociedades ocidentais desde, pelo menos, a Revolução Francesa, e isso explica os motivos pelos quais, vezes sem conta, emerge como que sobrecarregado por conotações partidistas, quando não por vieses ideológicos. Tais controvérsias são concernentes quer à precisa noção de igualdade e à relação desta com a justiça e a equidade, quer aos seus requisitos materiais e mensuração, quer ainda à sua extensão e valoração dentro de uma teoria de justiça mais abrangente. Cada um desses temas delimita as questões que então se estabelecem, a compor um acervo principiológico complexo, de ideias muitas vezes antitéticas e de difícil contemporização, tanto mais que em qualquer que seja o contexto histórico real, nenhuma noção unívoca de igualdade é capaz de varrer todo o campo em que está imersa (GOSEPATH, 2007, *passim*).

A igualdade diz respeito a um conceito extensível a diversas áreas das ciências sociais, como a Economia, a Política, a Sociologia, a Antropologia e o Direito, e isso explica a existência de imensa literatura sobre o tema. Daí porque múltiplos também são os enfoques analíticos com relação à noção da igualdade, alguns a examinar as suas principais vertentes, tais como o direito antidiscriminatório, a distribuição de renda *per capita* e a questão de igualdade de oportunidades, nos moldes como o faz Peter Westen (1982, *passim*) em seu artigo *The Empty Idea of Equality*.

A abordagem de Paolo Comanducci (1992, p. 85-87) por sua vez, não tão divergente da de Westen, particiona o tema da igualdade em três distintos níveis, a saber: (i) lógico-linguístico, mediante o qual se busca responder às questões atreladas ao sentido atribuído ao vocábulo igualdade, delimitando os seus usos linguísticos; (ii) filosófico-político,

⁹ No original: “*The sense of uncertainty is active: It actively recognizes the possibility of alternative views and seeks them out. I consider it essential to honesty to look for the best arguments against a position that one is holding*”.

concernente ao modo como se justifica a igualdade enquanto valor a ser protegido (por que igualdade?), assim como ao processo de escolha entre as distintas formas de igualdade (qual igualdade?); e (iii) jurídico, enquanto valor positivado nos textos constitucionais, configurando uma das formas com que se intenta alcançá-la, submetida, obviamente, às diversas condições de contorno de natureza legal.

Por conveniência e oportunidade, adotar-se-á aqui esta segunda forma para examinar a questão, seja por julgar-se mais propícia às indagações que emergem do estudo de caso, a ser desenvolvido no derradeiro capítulo desta dissertação, seja em razão de ela contemplar grande parte dos pontos amiúde problematizados pela primeira.

1.1 A Perspectiva Lógico-Linguística

Nicola Abbagnano (2007, p. 617-618), ao dissertar sobre o vocábulo **igualdade** para o **Dicionário de Filosofia**, por ele próprio organizado, relembra a sua origem latina, *aequalitas*, a designar a relação entre dois termos, amplamente substituíveis um pelo outro. Segundo o autor italiano, ao entendimento de Aristóteles, para quem o emprego da palavra restringia-se ao âmbito das quantidades¹⁰, muito tempo depois sucedeu a ideia hoje mais recorrentemente aceita, que teria tido origem em escritos de Leibniz, de considerarem-se dois termos iguais somente quando puderem ser substituídos um pelo outro sob o mesmo contexto, sem alterar-se o valor desse contexto¹¹.

A igualdade consiste, essencialmente, numa relação tripartite entre dois ou mais objetos ou pessoas e um ou mais adjetivos ou qualidades a eles atinentes, haja vista que quaisquer comparações pressupõem *comparationis tertius*, nos limites em que o atributo a que se refere a pretensão de igualdade permite vislumbrar (A e B são iguais em X). Esse atributo constitui um parâmetro que deve ser especificado em cada caso particular em que a

¹⁰ A respeito, *vide* Livro V, de **Ética a Nicômaco**, de Aristóteles (1984, p. 120-138). Nesse ponto, o estagirita também associa a ideia de igualdade à de justiça, no caso, de justiça relativa – e como se verá mais à frente, formal –, naquilo em que se propõe a distribuir a cada um o que é seu, surgindo daí as componentes horizontal e vertical do conceito, respectivamente associadas ao tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais.

¹¹ Mais amplamente, relações de equivalência, enquanto objeto privilegiado de estudo da lógica e da matemática, configuram-se pela ocorrência de três relações: reflexividade ($A=A$), simetria ($A=B \Rightarrow B=A$) e transitividade ($A=B, B=C \Rightarrow A=C$). Igualdade, menos que identidade ou semelhança, implica similaridade, pressupondo, por conseguinte, diferença entre as coisas sob cotejo. Daí porque a noção de **igualdade completa ou absoluta** não deixa de denotar alguma contradição, a começar pelo fato de que dois não idênticos – ou seja, para os quais se abstrai a relação de reflexividade – localizam-se em domínios espaço-temporais distintos (GOSEPATH, 2007, *passim*).

comparação vier a ocorrer¹². Outra importante fonte de diversidade decorre dos diferentes padrões que podem ser empregados para mensurar a desigualdade a respeito de uma dada questão a atingir as mesmas pessoas ou objetos, a qual, por sua vez, permanece constante (GOSEPATH, 2007, *passim*).

Além disso, o conceito de igualdade comporta as **dimensões descritiva e prescritiva**, cujos exemplos mais palpáveis seriam, respectivamente, *e.g.*, o peso de duas ou mais pessoas medido a partir de uma escala comum, como o quilograma, e uma norma tal qual a que estipula que todos devem ser iguais perante a lei. Os padrões que fundamentam as asserções prescritivas de igualdade, por sua vez, contêm pelo menos dois componentes. De um lado, um componente descritivo, já que as asserções não prescindem desse elemento para poderem especificar as pessoas a quem a norma se aplica. O problema da identificação – quem pertence a que categoria? – pode, obviamente, ser normativo, se houver preocupação do legislador com esse nível de detalhe. Por outro, os padrões comparativos normativos contêm algo como uma regra moral ou legal – nomeadamente o seu componente prescritivo –, a especificar como devem ser tratados os que sob a sua égide se encontram.

Sob essa ótica, o que interessa às ciências sociais é conhecer quais seriam as diferenças entre as pessoas que hão de ser levadas em consideração. Daí porque as análises sociológicas e econômicas no domínio da igualdade preocupam-se muito mais em examinar questões sobre como as desigualdades podem ser apreendidas e mensuradas e quais as suas causas e efeitos. Em contraste com essas análises, a filosofia político-social, de um modo geral, preocupa-se bem mais com questões tais como **qual tipo** de igualdade, **para quem** e **quando**¹³ (GOSEPATH, 2007, *passim*).

Carbonell (2004, p. 164) fornece os seguintes exemplos elucidativos: à economia interessa saber qual o nível de desigualdade entre os rendimentos dos contribuintes,

¹² Tomem-se como exemplo duas notas de cem reais: seriam elas iguais se o atributo ou padrão adotado for o valor da nota, mas seriam diferentes se consideradas a idade ou a intensidade das cores que apresentam.

¹³ Isso talvez explique, de algum modo, por que a maioria dos autores contemporâneos da área das ciências sociais aborda o tema da igualdade em contraste com a ideia antagônica de desigualdade. Robert Dahl (1996, p. 639 e ss.) e Peter Singer (1998, p. 25 e ss.), como tantos outros, defendem a tese de que a igualdade dos seres humanos reveste-se de relevância, substancialmente, sob uma perspectiva moral – ou mais extensivamente política –, já que sob o ponto de vista empírico, fático ou meramente descritivo são, como já se disse, desiguais. Observe-se que se as pessoas podem chegar a ser iguais ou mais iguais em determinadas áreas, de modo oposto poder-se-á objetar, como derivação, que se terão tornado desiguais ou mais desiguais em outras.

para, com isso, elaborar as alíquotas de impostos que poderiam ser imputadas a cada faixa de renda observada. De modo similar, à Sociologia importa apreciar as distintas formas de agrupamento familiar que existem em dada sociedade, analisando as causas que levam certas pessoas a determinados vínculos familiares e outras a formas não convencionais de convívio.

Especificamente no campo jurídico, em cuja dogmática constitucional a necessidade imperiosa de justificação do princípio da igualdade, enquanto valor, aparece bem mais atenuada, o que importa, com maior poder de definição, é explicar as condições para aplicá-lo tendo em conta os diversos imperativos, como o de não discriminação, o da igualdade entre homens e mulheres etc. Nesse contexto, quando se pronuncia o já mencionado preceito de que todos são iguais perante a lei, o que de fato se pretende afirmar é que a lei deveria tratar a todos como iguais, porque, ao agir de modo distintivo, estaria violando tal artigo de uma Constituição ou de um Tratado Internacional. A normatividade desse preceito se depreende, como não poderia deixar de ser, até mesmo da simples observação da realidade fática, em face da percepção de que não há duas pessoas completamente iguais.

Adotando tal perspectiva, entendem-se as razões pelas quais Rawls¹⁴ defende que o conceito de igualdade há de ser mais bem delimitado em relação a outros sentidos de igualdade que dizem respeito a um ideal social mais abrangente. Desse modo, desde a busca de um conceito mais geral até a submersão em um rol infinito de concepções específicas e bastante diferentes, as análises e proposições sobre a igualdade acabam por ratificar a inocorrência de um sentido unificado para essa ideia-chave, havendo mesmo alguns autores, como Peter Westen¹⁵, que negam existir nela algum sentido.

¹⁴ A propósito, *vide* §77, intitulado **A base da igualdade**, em **Uma Teoria da Justiça** (RAWLS, 1997, p. 560-569).

¹⁵ Westen (1982, p. 567) afirma que a ideia de igualdade, para além de alguns conceitos próprios que lhes são associados, como o do devido processo legal ou outros, resultaria substancialmente oca. Anthony D'Amato (1983, p. 600-601) o refuta com um interessante exercício de argumentação: imagine-se uma lei de um dado Estado que, para evitar o consumo excessivo de gasolina, venha a estipular que motoristas de automóveis cuja placa seja um número ímpar possam encher o tanque destes durante os dias úteis da semana, enquanto aqueles cuja placa do automóvel seja par, somente poderão fazê-lo aos finais de semana. Assim, metade dos motoristas desse Estado terá mais possibilidades do que a outra metade para prover o seu estoque de gasolina, levando a que esta última, com acentuada probabilidade, venha a deduzir uma ação de inconstitucionalidade contra a mencionada lei. Ainda que presente o direito ao devido processo legal, as chances de sucesso dessa ação seriam mínimas, haja vista que se trataria de uma lei aplicada de acordo com o princípio da igualdade. Nada obstante, os prejudicados aduzirão que não teriam sido tratados de forma igual aos demais sujeitos sob a mesma condição. Frente a isso se poderia contestar que não atendem à hipótese fática definida normativamente para o primeiro grupo: suas matrículas seriam divisíveis por dois. Em que pesem tais confrontações, o que importa é que a distinção criada pela lei não poderia ser arbitrária. Daí a conclusão a que

Aliás, encontra-se em Rawls (1997, p. 6 e ss.) uma interessante distinção entre o que se poderia chamar por **conceito de justiça** e o que se deveria entender por **concepções de justiça**, a qual, “embora não resolva nenhuma questão importante”, permite esclarecer como o autor norte-americano enfoca a ideia de **justiça como equidade**, aqui tomada precipuamente em sua componente propositiva.

Afirma Rawls (1997, p. 6), seguindo explicitamente passagens de Hart, que “[...] parece natural pensar no conceito de justiça como sendo distinto das várias concepções de justiça e como sendo especificado pelo papel que esses diferentes conjuntos de princípios, essas diferentes concepções, têm em comum”. Por **conceito de justiça** haveria de se entender uma ideia, comum a todos os seres humanos – com que poderiam estar de acordo¹⁶ –, a incluir noções como a de inocorrência de distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos e a formulação de regras que convirjam para um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes das vantagens da vida em sociedade. Por sua vez, as **concepções de justiça** discrepariam sobre o alcance dessas noções, deixadas em aberto à interpretação de cada um, a depender dos princípios de justiça que venha a adotar¹⁷. Tais princípios, complementa Rawls, definiriam quais semelhanças e diferenças entre as pessoas seriam relevantes na determinação de direitos e deveres e qual a divisão de vantagens mais apropriada.

Mais à frente, Rawls (1997, p. 11 e ss.) se propõe a tarefa de oferecer a sua concepção de justiça como equidade, sem preocupar-se fundamentalmente com o conceito de justiça, entendido como suposto. Sua teoria, como ele próprio afirma, não comportaria uma

se chega: somente quando a distinção estabelecida por lei não for arbitrária, é que o princípio da igualdade se tornaria vazio.

¹⁶ No mais das vezes, a noção de igualdade varia segundo a posição socioeconômica em que os interlocutores a operar com o termo se encontrem, sendo importante, por isso mesmo, as contribuições da linguística e, mais extensivamente, da semiótica para tornar os conceitos mais claros, evitando-se a confrontação como consequência da simples adoção de ideologias em conflito. Com isso, os interlocutores, partindo de determinadas ideias com as quais estejam de acordo – *topoi* na linguagem aristotélica –, poderiam, em seguida, passar a discutir outros pontos com os quais não estejam.

¹⁷ Por exemplo, a concepção comunitarista de justiça de Walzer (2003, p. 25-31), num cenário de **igualdade complexa**, defende que os critérios de justiça dependem da **esfera** em que a distribuição de bens sociais está sendo considerada, de modo que, *e.g.*, a justiça econômica e a justiça política são coisas distintas, e os padrões de justiça estão sempre associados às compreensões e expectativas correntes em cada sociedade específica. Sobre a abordagem comunitarista de justiça e a justificativa para a sua não inclusão no cerne deste capítulo *vide* nota de rodapé nº 22.

descrição dos significados comuns atribuídos ao termo **justiça**¹⁸, mas sim uma avaliação da importância de certos princípios distributivos para a estrutura básica da sociedade.

Isso parece supor que ao conceito de justiça deva corresponder uma análise formal, enquanto que às concepções devam estar associadas teorias normativas de caráter substantivo, nos moldes em que Rawls vem a postular ao longo de **Uma Teoria da Justiça**. Ou de outra forma: Rawls parece estar aludindo à distinção entre uma tarefa de mera análise conceitual – atrelada mais à metaética da filosofia analítica, por meio da qual se procura aclarar e eliminar as ambiguidades e confusões da linguagem ordinária –, e a elaboração filosófica posterior, já não meramente analítica, mas crítica e substantiva, de argumentação e de proposta valorativa comprometida, própria da ética normativa.

Assim, enquanto a análise conceitual limitar-se-ia a ordenar, mediante clarificações e reformulações linguísticas, os usos ou significados de um termo, independentemente do juízo sobre o seu valor, interesse ou oportunidade normativa em qualquer âmbito da vida social – e assim o fazendo acaba por adotar um ponto de vista externo a qualquer compromisso valorativo –, em contraposição, a argumentação sobre concepções implicaria a adoção de um ponto de vista interno ou justificatório, não limitado a ordenar ou apurar analiticamente um conceito – aberto, portanto, às várias opções valorativas –, mas com pretensão de oferecer a melhor interpretação possível, mediante a proposta e discussão de critérios normativos (MIGUEL, 2003, p. 34-36).

1.2 O Enfoque Filosófico-Político

Aos leitores de sua obra **A Ideia de Justiça**, Amartya Sen (2011, p. 43-44) propõe o problema a ser analisado nos parágrafos subsequentes, em vista do requerimento de uma solução imparcial única para a escolha de uma sociedade justa, levando em conta a

¹⁸ Segundo Perelman (1996, p. 8-9), seria uma pretensão ilusória querer enumerar todos os sentidos possíveis de que se reveste a noção de justiça. Apesar disso, menciona alguns exemplos que constituem as concepções mais comumente empregadas: (i) a cada qual a mesma coisa; (ii) a cada qual segundo seus méritos; (iii) a cada qual segundo suas obras; (iv) a cada qual segundo suas necessidades; (v) a cada qual segundo sua posição; e (vi) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui. Vê-se em cada uma dessas concepções a conexão que possuem com o princípio da igualdade, umas mais outras menos, o que parece ratificar o entendimento de Dworkin de que todas as teorias políticas são fundamentalmente igualitárias, não exatamente por sustentarem igual distribuição de renda, mas por partirem da ideia de que as pessoas têm igual importância, devendo ser tratadas com a mesma consideração e respeito pelo governo (DWORKIN, 2000, p. 285). Por extensão, poder-se-ia ampliar o rol de Perelman com a concepção de justiça associada à igualdade de oportunidades, cujos aspectos principais convergem em apreciável escala para as questões de fato, objeto deste estudo.

existência de distintas razões de justiça com pretensões de imparcialidade, com linhas de argumentação bastante divergentes.

Havendo que escolher a qual criança se deveria repassar uma flauta objeto de disputa – Anne, Bob ou Carla –, ouviram-se os argumentos por elas apresentados. Anne reivindica a flauta em virtude de ser a única das três crianças que sabe tocá-la, evidência não refutada pelas demais. Bob argumenta que é tão pobre que a flauta seria, de fato, o seu primeiro brinquedo. Carla, por sua vez, revela que trabalhou todos os dias do último mês para, com as próprias mãos, fabricar o instrumento musical em questão. Tendo ouvido as três crianças e as suas respectivas linhas de argumentação, qual delas deveria ser agraciada com a flauta por você?

Trata-se, obviamente, de uma metáfora para explicitar, em grandes linhas, a forma de argumentação dos teóricos de diferentes convicções, a saber, os utilitaristas, os igualitaristas e os libertaristas pragmáticos, respectivamente. A preferência de quem houvesse de escolher a criança a ser agraciada encontra argumentos com pretensão de imparcialidade tão defensáveis quanto os de outra pessoa com critério diferente, mas do mesmo modo imparcial, fundamentado em corrente filosófica distinta.

Sen declina as supostas razões que cada um dessas escolas da filosofia política poderiam aduzir: Anne provavelmente teria a preferência do pensador utilitarista porque, sendo a única criança que sabe tocar a flauta, dela poderia extrair maior prazer em sua posse, o que configuraria um quadro de justiça enquanto eficiência econômica; o igualitarista daria a flauta a Bob, pois lhe seria oferecido algo com que brincar, o que, em termos econômicos, concorreria para a redução das disparidades de renda, tese próxima ao da justiça enquanto igualdade distributiva; o pensador libertarista, por fim, daria a flauta a Carla, pois ela teria direito ao fruto de seu esforço, raciocínio que poderia ser qualificado como a justiça enquanto retribuição do trabalho.

Sen (2011, p. 43-44) sumaria então os termos do problema, observando que as diferenças entre os argumentos justificadores das três linhas de raciocínio, imparciais e não arbitrários, não constituem divergências acerbadas sobre o que seria a vantagem individual, acomodada entre os distintos argumentos das crianças, senão entre os princípios que devem governar a alocação de recursos em geral e, por conseguinte, sobre os arranjos e instituições sociais a serem definidos e realizações sociais a serem perseguidas. E neste ponto Sen se

mostra mais pessimista do que Rawls, pois afirma a improbabilidade de haver um arranjo social identificável, perfeitamente justo, sobre o qual possa surgir um acordo imparcial.

Explicitado nessas linhas preambulares o problema da justiça, julga-se oportuno fazer, neste momento, uma breve inflexão de ordem terminológica: ainda que o tema principal desta dissertação seja a **igualdade**, inúmeras vezes também se fez menção aos termos **justiça** e, mais especificamente, **justiça distributiva**¹⁹, podendo engendrar a falsa impressão de que sejam indistintos ou mesmo intercambiáveis. Nada mais equivocado: a justiça há de ser aqui entendida como um sistema de distribuição social de bens ou sanções, enquanto que a igualdade pode constituir-se em um dos valores empregados para justificar o sistema ou uma regra de distribuição a orientar os valores, mas não necessariamente um dos valores a balizar a justiça distributiva²⁰.

Resta, então, dar-se início à definição de um quadro pluralista contemporâneo de filosofias políticas da justiça, com a finalidade de servir de aporte teórico por meio do qual se possam evidenciar as limitações eventualmente presentes na metodologia empírica de mensuração da discriminação objeto de estudo, tanto em termos da escolha das variáveis quanto dos modelos estatísticos adotados. A pretensão, como se observa, é desenvolver uma moldura analítica em que se em que se articulem filosofias políticas, teoria econômica da discriminação e apreciação judicial²¹.

Isso leva à necessidade de se apreciarem mais de perto as linhas de argumentação esgrimidas por cada uma dessas teorias filosófico-políticas. Para tanto, adotar-se-á a tipologia proposta por Will Kymlicka, em sua obra **Filosofia Política Contemporânea**

¹⁹ Esse termo já aparece em Aristóteles (1984, p. 126), para quem a **justiça distributiva** rege a divisão dos recursos e bens comuns, cujas recompensas estão atreladas aos méritos, ou mais propriamente, à contribuição de cada um para a produção desses bens. Por **justiça corretiva** – mais tarde designada **comutativa** pelos escolásticos –, Aristóteles, em oposição à primeira, designava aquela que surge para equiparar vantagens e desvantagens decorrentes das relações de trocas, tanto voluntárias quanto involuntárias, entre os homens.

²⁰ Para os propósitos desta seção, a menos que haja menção explícita em sentido contrário, a justiça será tomada como sinônimo de justiça distributiva, admitindo tratar-se de uma interpretação mais restrita da justiça, mas em concordância com o enfoque predominantemente liberal das teorias da justiça a serem desenvolvidas em seguida, originárias majoritariamente do pensamento anglosaxão, a representar um recorte ou seleção na vasta literatura sobre o tema. A justificativa para tanto decorre da observação de que alguns dos valores a sustentar a Constituição do Brasil, como os da livre iniciativa e da autonomia individual, são amplamente concordes àqueles associados ao pensamento liberal contemporâneo. Em que pesem tais considerações, até para fornecer um contraponto crítico a essas perspectivas, três outras abordagens alternativas também foram arroladas nesta seção, ou seja, a capacitária, a marxista e a feminista.

²¹ As teorias econômicas da discriminação e a correspondente mensuração do fenômeno da discriminação salarial no mercado de trabalho pátrio serão analisadas, nesta dissertação, no capítulo subsequente a este.

(2006), com algumas inclusões e exclusões julgadas oportunas, para tornar o referido aporte mais conforme ao alcance de uma crítica à prática convencional com que se aborda a discriminação, cujo acento incide sobre a existência de barreiras discriminatórias. Assim, serão desenvolvidas as ideias fundamentais das seguintes perspectivas: utilitarista, liberal, libertarista, capacitária, marxista e feminista²². Ao final desta seção, apresentar-se-á um quadro-resumo com os principais pontos de sustentação teórica dessas correntes sobre o tema da igualdade e da não discriminação.

1.2.1 Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação

Rawls, no capítulo 2 de **Uma Teoria da Justiça** (1997, p. 57-125), disserta sobre três concepções distintas da igualdade de oportunidades – a meritocrática, a liberal e a democrática –, associadas a linhagens filosófico-políticas bem definidas, todas elas tomadas como interpretações do segundo princípio por ele enunciado no §11 (1997, p. 64) da mesma obra, segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas devem ocorrer em favor de cada um e estar vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. Essas três concepções da igualdade de oportunidades, na visão de Rawls, interpretam diferentemente os termos **em favor de cada um e acessíveis a todos**.

A **concepção meritocrática** defende a ideia de abertura das carreiras aos talentos, propondo um meio de liberar as energias na persecução da prosperidade econômica. A igualdade de oportunidades meritocrática significa, segundo Rawls (1997, p. 114), igual oportunidade de deixar para trás a posição dos menos afortunados, na busca pessoal de influência e posição social, bem assim igual oportunidade de não ser excluído dessa busca por meio da violência, do roubo ou da fraude.

²² Vê-se aí a ausência do comunitarismo e a inclusão da abordagem capacitária de Sen, esta última presente apenas incidentalmente no mencionado trabalho de Kymlicka. Quanto ao comunitarismo, por rejeitar a capacidade de autodeterminação que teria o indivíduo, centrando seus interesses sobre a comunidade e a sociedade, não converge substancialmente para os termos do debate que ora se pretende instaurar, centrado, preponderantemente, na questão da alocação das posições econômicas e sociais. De fato, como observa Koula Mellos (2002, p. 243-244), no cerne das filosofias políticas angloamericanas, há nítidas diferenças entre as teorias centradas no indivíduo, orientadas a direitos que lhe conferem o domínio de si próprio e de seus bens, e as teorias que lhe atribuem tanto direitos quanto deveres para com a comunidade. Distinguem-se entre as reivindicações metodológicas do comunitarismo a importância da tradição e do contexto social, moral e político, as caracterizações ontológicas ou metafísicas sobre a natureza social do *self* e as formulações normativas sobre o valor da comunidade. Observe-se, por fim, que a não inclusão do comunitarismo entre as correntes filosóficas em cotejo, não impede a elaboração de eventuais diálogos com autores alinhados a essa corrente, tais como Alasdair MacIntyre, Michael Walzer e Michael Sandel.

Rawls faz referência a essa concepção como um sistema de **liberdade natural**, a exigir igualdade formal de oportunidades, sinônimo de que todos têm os mesmos direitos de acesso aos postos – de trabalho, educacionais etc. – colocados à disposição, contanto que possuam as qualificações necessárias, afastadas, portanto, quaisquer discriminações por características sociais ou naturais não associadas ao desempenho no posto em questão. A partir daí Rawls (1997, p. 70-71) deduz que, considerados esses pressupostos, uma estrutura básica que venha a satisfazer o princípio da eficiência, e na qual as posições estejam abertas a todos aqueles que sejam capazes de lutar por elas e dispostos a tanto, é capaz de levar a uma distribuição justa.

Apesar de Rawls não dizê-lo explicitamente, esse sistema nada mais é do que o propugnado pela **filosofia política libertarista**, cujos dois principais representantes são Hayek e Nozick. Os libertaristas não propõem o interesse sobre os resultados – e, por extensão, os benefícios ou vantagens –, mas exclusivamente sobre os procedimentos, o que justifica o designativo de **justiça procedimental pura** atribuído por Rawls. Na doutrina libertarista não há testes para se determinar se uma dada distribuição é justa: é o próprio processo de distribuição que garante a justiça do resultado. Tudo o que a justiça demanda é que a distribuição de posições e cargos ocorra sob condições de concorrência leal.

A segunda concepção da igualdade de oportunidades que Rawls se propõe a analisar é a **concepção liberal**. De acordo com essa abordagem, os cargos não só devem ser abertos a todos em um sentido formal, mas todos devem ter uma possibilidade equitativa de alcançá-los. Assim, as chances de adquirir cultura e competências técnicas, de postular por funções que estejam abertas a todos não deveriam depender de contingências sociais. O sistema deveria ser concebido de maneira a superar as barreiras de classe.

De acordo com Rawls, embora o conceito liberal funcione a contento para eliminar a influência de contingências sociais, continua a permitir que a distribuição de riqueza e de renda seja definida pela configuração de capacidades e talentos. É por isso que Rawls propõe substituí-la por uma **concepção democrática**, opondo ao princípio da igualdade de oportunidades liberal o **princípio da diferença**: o mais favorecido pode naturalmente tirar vantagens de suas possibilidades, desde que isso melhore as oportunidades e a situação dos menos favorecidos.

Tais tipos de concepções de igualdade de oportunidades podem ser encontrados em diversas abordagens analíticas contemporâneas que acentuam o problema da

responsabilidade, ou seja, que se interrogam sobre quais ações devem ser consideradas como de responsabilidade de cada indivíduo, a depender deles mesmos, de suas vontades autônomas, ou, diversamente, quais são as ações devidas ao acaso, a depender das circunstâncias ou do ambiente. A política da igualdade de oportunidades consistiria, então, em alocar a vantagem ou o benefício total com base naquilo em que os indivíduos possam ser responsabilizados por sua situação social (MOULIN, 2005, p. 31-32).

John Roemer (1998, *passim*) – que tem buscado fundir o marxismo com o individualismo metodológico, este mais comumente associado às correntes liberais – oferece um bom trabalho de formalização de alguns critérios econômicos de otimização ou de justa distribuição, fazendo reemergir a vetusta questão da ética da responsabilidade, conjugada à igualdade de oportunidades, resultando em novas análises, aplicações e perspectivas.

Inicialmente, Roemer (1998, p. 71-72) distingue duas concepções de igualdade de oportunidades: (i) **nivelamento do terreno de jogo** entre os indivíduos que competem por um posto, previamente durante o seu período de formação, de modo que aqueles capazes de desempenhá-lo sejam aceitos no momento oportuno; e (ii) **não discriminação ou princípio do mérito**, segundo a qual, na competição por um posto na sociedade, não de ser incluídos entre os pretendentes todos aqueles que possuem as características adequadas para desempenhar as obrigações que o dito posto exige, sendo a escolha decidida somente por essas características. Como exemplo da primeira concepção tem-se a educação compensatória para crianças de meios sociais desfavorecidos, de forma que um maior número delas adquira a qualificação necessária para poder competir, posteriormente, por um emprego com outras de meios mais favorecidos. Um exemplo da segunda concepção é a ideia de que a **cor** ou o **sexo**, enquanto tais, não deveriam contar como critério contra ou em favor da escolha de uma pessoa para um posto, quando essas sejam **características irrelevantes** para o desempenho das funções que lhe serão exigidas.

Roemer (1998, p. 74) passa então a desenvolver um modelo para a primeira concepção, pressupondo ser possível se conhecer exatamente quais as circunstâncias que determinam a capacidade de um indivíduo para transformar recursos, benefícios ou vantagens em resultados, representando tais circunstâncias por meio de um vetor com “n” componentes. A depender do valor alcançado por cada valor ou faixa do vetor mencionado, ter-se-iam tantos tipos quantos esses valores ou faixas.

Para Roemer (1998, p. 75), então, uma política de igualdade de oportunidades deveria buscar igualar o termo médio dos resultados alcançados por cada tipo, procurando maximizá-lo, porém não os resultados dos indivíduos em cada tipo, que difeririam de acordo com o esforço. Disso se deduz que uma política de igualdade de oportunidades exige que se compensem os indivíduos pelas diferenças em suas circunstâncias, não, todavia, pelas diferenças em seus esforços, supondo que a capacidade – consequência das circunstâncias – seja fixa. Ou de outro modo: o objetivo de uma política de igualdade de oportunidades é alocar recursos de modo que os resultados que uma pessoa venha a obter correspondam somente aos seus esforços e não às suas circunstâncias. Roemer reconhece, entretanto, que seria bastante polêmica a definição do conjunto de circunstâncias a caracterizar cada tipo – uma vez que se debateriam diferentes opiniões e teorias políticas, psicológicas, biológicas e sociais –, além de se defrontar com dificuldades de ordem prática para recolher todas as informações que se fizerem necessárias.

Do quanto se expôs, infere-se que a política de igualdade de oportunidades não resulta unívoca. Se a sociedade não faz quaisquer diferenciações entre as circunstâncias em que os indivíduos se encontram, supõe-se que estes devam ser totalmente responsabilizados pelos seus atos. A política acima mencionada, como consequência, já não busca tanto definir igualdade de oportunidades, senão maximizar o resultado médio da população como um todo. Nesse contexto, todos os comportamentos são atribuídos à vontade dos indivíduos, e a política, em decorrência, procura um mínimo meramente formal de igualdade de oportunidades²³.

No extremo oposto, se todos os indivíduos forem considerados como portadores de direito integral à igualdade de oportunidades, a política buscará maximizar o nível mínimo de benefício a todos os indivíduos, sem distinguir entre circunstâncias ou graus de esforços diferentes. Sob esta ótica, todos os comportamentos são explicados pelas circunstâncias ou

²³ A **igualdade de oportunidades formal** requer que cargos e posições hábeis a conferir vantagens superiores estejam abertos a todos os concorrentes qualificados. Nessa perspectiva, busca-se eliminar a discriminação que resulta em impedimento ao acesso de pessoas de determinado sexo, raça ou religião a carreiras e cargos públicos. A **igualdade de oportunidades substantiva**, por sua vez, parte do pressuposto de que as oportunidades para se qualificar podem ser desiguais, a depender da renda dos pais, da educação obtida e das próprias atitudes, de maneira a configurar pontos de partida bastante diferentes. Daí a noção de que a justiça social exige não apenas a igualdade formal, mas também a justa oportunidade de se tornar qualificado, ou de igual começo para os concorrentes, de forma a tornar a competição mais equilibrada (SMITH, 2008, p. 119).

pelo ambiente, e a política procura o máximo de igualdade de oportunidades, beneficiando os mais desfavorecidos.

Outra questão crucial é a do benefício ou vantagem a ser colocado no centro da prática social. Na perspectiva geral das teorias econômicas do bem-estar, as escolhas devem ser avaliadas em função das suas consequências ou resultados, em termos de utilidade, ou seja, de uma característica mental, como o prazer (hedonismo), felicidade (eudemonismo), o desejo ou a preferência (MOULIN, 2005, p. 33-34).

A filosofia política utilitarista defende a idéia de igualdade de oportunidades de acesso ao bem-estar. De acordo com essa visão, as pessoas devem ser tratadas igualmente no espaço de ganhos e perdas de utilidades. Bentham resumiu essa exigência tal como segue: “Contamos todos por um, ninguém por mais de um”²⁴. Em outras palavras, não é permitido excluir a utilidade de ninguém na operação especial de classificação.

Rawls, por sua vez, propõe algo bastante diferente do que os utilitaristas defendem: um subconjunto de bens primários, ou melhor, um subconjunto dos recursos que qualquer indivíduo não pode abrir mão como condição para dar continuidade aos seus projetos de vida. Como bens primários naturais, atrelados à pessoa, como a saúde, o vigor, a inteligência e a imaginação não são relevantes, segundo Rawls (2000, p. 228), para a distribuição da organização social, os princípios da estrutura de base devem decidir sobre a repartição dos bens primários sociais²⁵, os quais compreendem: (i) os direitos e liberdades fundamentais; (ii) a liberdade de movimento e de livre escolha de ocupação, num contexto de oportunidades diversificadas; (iii) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica da sociedade; (iv) a renda e a riqueza; e (v) as bases sociais do autorrespeito.

Importa frisar que, em Rawls, a fortuna individual e o próprio bem-estar não sofrem restrições se contribuem ao benefício coletivo, em particular ao das pessoas menos favorecidas, uma vez que o autor norte-americano não renuncia à prioridade das liberdades individuais: “Se existem desigualdades na renda e na riqueza, assim como na autoridade e nos

²⁴ Esta citação é atribuída a Jeremy Bentham por John Stuart Mill, em *Utilitarianism* (MILL, 2001b, p. 60). No original: “everybody to count for one, nobody for more than one”.

²⁵ Segundo Álvaro de Vita (1999, p. 481), os bens mencionados não de ser considerados sociais no sentido de que ou são distribuídos diretamente por instituições sociais básicas, ou sua distribuição, como nos casos da renda e da riqueza, é regulada por tais instituições.

graus de responsabilidade que atuam para melhorar a condição de todos, em relação ao ponto de referência da igualdade, por que não permiti-las?” (RAWLS, 2000, p. 162).

Essa perspectiva parece não ser mais ou menos restrita a Rawls, haja vista que se observa entre os teóricos do liberalismo igualitário uma tendência a dar prevalência às questões relativas ao desenvolvimento de mecanismos mais equitativos e de consolidar condições de partida mais igualitárias entre as pessoas, tentando, desse modo, estabelecer conexões entre dois ideais que, há tempos, aparecem como que amalgamados no amplo espectro das teorias filosóficas e políticas: a liberdade e a igualdade.

Com efeito, a crença no primado do individual sobre o coletivo é um tema característico dos ideólogos liberais, os quais, muito embora acreditem no valor da liberdade, nem sempre estão em concordância sobre o que significa a liberdade para um indivíduo. Em seu ensaio **Dois Conceitos de Liberdade**, o historiador de ideias britânico Isaiah Berlin (1981, p. 133-175) faz distinções entre uma **teoria negativa de liberdade** e uma **teoria positiva**²⁶. Os liberais clássicos acreditavam que a liberdade consistia em deixar cada pessoa sozinha, livre de interferências e capaz de agir do modo que bem escolher. Essa concepção de liberdade é **negativa** na medida em que se baseia na ausência de restrições externas e coações sobre o indivíduo. Os modernos liberais, por outro lado, têm sido atraídos por uma concepção mais **positiva** de liberdade, definida por Berlin como a capacidade para ser o seu próprio mestre, para ser autônomo. Esse sentido positivo da liberdade deriva do desejo que o indivíduo tem de ser seu próprio amo, de ser o instrumento de seus próprios atos e não do de outros homens, de seu desejo por ser sujeito e não objeto, de autodirigir-se e não ser dirigido. O autodomínio requer que o indivíduo seja capaz de desenvolver habilidades e talentos, ampliar a compreensão de si mesmo, ganhando em satisfação²⁷.

Sinteticamente, a **liberdade positiva** associa-se à ideia de o indivíduo fazer o que seja de sua escolha, a partir de suas **preferências**, de suas **capacidades** e do **contexto** no qual deseja inserir-se. Ilustre-se com um exemplo no terreno da economia do trabalho: em termos muito gerais, a participação de um indivíduo no mercado de trabalho depende de três

²⁶ Essas concepções rivais de liberdade não apenas reprisam o debate acadêmico sobre o liberalismo, como também retratam as distintas visões dos pensadores liberais acerca do relacionamento desejável entre o indivíduo e o Estado.

²⁷ Para John S. Mill (2001a, p. 52-69), por exemplo, a liberdade significa muito mais que simplesmente ser livre de restrições externas: ela envolve a capacidade dos seres humanos para desenvolver e, finalmente, alcançar a autorrealização.

coisas, a saber, de sua decisão ócio-trabalho (preferências), de suas habilidades (capacidades) e dos empregos disponíveis (contexto). As duas primeiras conformam a oferta laboral e a terceira a demanda.

O binômio **liberdade negativa** *versus* **liberdade positiva**, que guia a autodeterminação e, em última instância, tem relação com o grau de responsabilidade de cada indivíduo por suas decisões, é um dos eixos norteadores para o desenvolvimento dos diferentes critérios de justiça distributiva veiculados pelas correntes da filosofia política a serem contempladas na sequência desta seção.

1.2.2 *O Utilitarismo*

Antes de partir para uma investigação do tema da igualdade e da justiça distributiva nas teorias liberais contemporâneas, assim como em algumas abordagens alternativas a estas, interpreta-se como necessária uma análise, mesmo que breve, do utilitarismo²⁸, teoria política dominante por quase um século e meio, até que Rawls, pretendendo evidenciar as deficiências que nela houvera percebido enquanto teoria da justiça, desenvolveu a sua própria teoria de justiça como equidade. Rawls, por sua vez, veio a servir de apoio para os desenvolvimentos de Dworkin, Sen e Walzer. Do mesmo modo, **Anarquia, Estado e Utopia**, de 1974, a obra máxima de Nozick, pode ser vista como uma resposta libertarista aos desafios colocados por Rawls. Mas de uma forma ou de outra, todos eles acabam por dialogar – uns mais, outros menos – com ideias que, de fato, pertencem aos melhores quadros do utilitarismo, como Jeremy Bentham e John Stuart Mill.

Especificamente na teoria econômica, o utilitarismo de Bentham e as elaborações de Adam Smith e David Hume influenciaram sobremaneira a revolução marginalista de Alfred Marshall, em fins do século XIX. Desde então, a teoria econômica tem fundamentado os seus princípios de alocação de recursos com base na comparação das utilidades marginais. E é sobre esse fundamento que a sua doutrina filosófica qualifica o que

²⁸ Para os fins desta seção, meramente introdutória sobre o utilitarismo, não se fazem distinções entre o **utilitarismo de regra** e o **utilitarismo de ato**. Para o utilitarismo de regra, uma ação correta seria aquela prescrita por um conjunto de regras morais cuja adoção levaria a uma maior utilidade em comparação a algum outro conjunto de regras, sob o enfoque das prováveis consequências agregadas, ao passo que a ação moralmente correta para o utilitarismo de ato tem por objeto as prováveis consequências, somadas as boas e más, de atos particulares. Do mesmo modo, não é dada qualquer atenção à distinção entre utilidade total e média. Para maior detalhamento, *vide* (Kymlicka, 2006, p. 24-41). Quanto ao propósito imediato deste tópico, busca sublinhar a passagem histórica do utilitarismo às teorias liberais contemporâneas, empregando os contrapontos das críticas de John Rawls e Amartya Sen.

entende serem os atos e políticas moralmente bons: exatamente aqueles capazes de promover a máxima felicidade para o maior número possível de pessoas. Ao considerar a felicidade como derivada da utilidade das coisas ou bens, o utilitarismo tem por princípio maximizar a utilidade agregada da sociedade.

A despeito de a origem do utilitarismo remontar aos epicuristas, a definição clássica da utilidade se encontra em *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, de 1789, de autoria de Jeremy Bentham. Ali, para desenvolver o conceito de utilidade, acentuadamente hedonista, Bentham (2000, p. 14) parte da suposição de que a natureza tem colocado o homem sob o domínio de dois mestres soberanos, o prazer e a dor, que o governam em tudo o que faz, diz ou pensa, a partir dos critérios do bom/mau e de causa/efeito.

Bentham propugnava, como já se mencionou, o princípio da maior felicidade possível, felicidade essa associada, de modo indelével, à maximização do prazer e à minimização da dor. Tanto quanto um princípio de distribuição, a busca da maior felicidade qualificava empiricamente toda a ação humana, quer na esfera privada quer na pública, querendo-se com isso dizer que a aprovação ou a reprovação dos atos de alguém estava parametrizada por esse princípio. A retidão estava, assim, vinculada de algum modo à produção de boas consequências.

Décadas mais tarde, John Stuart Mill haveria de apurar o objetivo do utilitarismo e redefinir o conceito da própria utilidade. Primeiramente, colocou ao lado da felicidade outros móveis da ação humana, como a beleza, a ordem e a própria dor. Quanto à definição de utilidade, Mill rechaça o sentido meramente hedonista e quantitativo que Bentham imprimiu à felicidade, pois nunca quis ver no prazer um bem homogêneo. Segundo Mill, a felicidade se distinguiria não somente em quantidade, mas fundamentalmente em qualidade, ou seja, os prazeres não somente o são dos sentidos, mas também do espírito. E, de fato, os prazeres espirituais comportam maior utilidade que os prazeres sensoriais. Mill corroborava esse ponto por meio de uma afirmação contundente, com a qual também rejeitava o sentido exclusivamente hedonista da utilidade de Bentham: “Poucos homens aceitariam se transformar em animais inferiores se lhes fosse assegurado o gozo de todos os prazeres

animais”²⁹ (MILL, 2001b, p. 12). Em suma, Mill concluiu que um indivíduo com maiores faculdades requer algo mais que uma experiência sensorial, porque nem toda experiência valiosa é redutível ao simples prazer quantitativo.

É sob essa perspectiva coerente com a defesa do bem-estar das pessoas que Mill, já na primeira metade do séc. XIX, advogava a tese de que era uma injustiça social flagrante a falta de opções para as mulheres, no que concerne às carreiras, quase sempre limitadas à esfera doméstica. Ele considerava as ideias e instituições que faziam do sexo o fundamento para a desigualdade de direitos legais, e para uma diferença forçada de funções sociais, o maior obstáculo para o aprimoramento moral, social e até intelectual. Obviamente não lhe passou despercebido o fato de as mulheres receberem salários mais baixos – e àquela altura muito mais baixos – que os dos homens, motivo pelo qual sustentava o argumento de que quando a eficiência de ambos era igual, mas os salários não, a única explicação plausível era o costume, fundado no preconceito, ou na estrutura da sociedade, a qual, por fazer de cada mulher, socialmente falando, um apêndice do homem, possibilitava aos homens apossar-se sistematicamente da parte que, por direito, pertencia aos dois (MILL, 1996, p. 451-452).

Na filosofia política contemporânea, apesar de seus méritos em atentar para os resultados das disposições sociais e o problema do bem-estar das pessoas, o utilitarismo tem sido fortemente questionado. As críticas aludem tanto às diferentes definições da utilidade, quanto a seu objetivo de maximizar a utilidade agregada e a sua implicação distributiva, vale dizer, a igualdade das utilidades marginais. A propósito deste último ponto, as críticas mais sólidas ao utilitarismo têm surgido ao se contemplar as políticas públicas utilitaristas em sociedades econômica e socialmente desiguais³⁰.

²⁹ No original: “*Few human creatures would consent to be changed into any of the lower animals, for a promise of the fullest allowance of a beast’s pleasures*”.

³⁰ A esse respeito, *vide* a avaliação que Amartya Sen faz do utilitarismo, em seus méritos e limitações, no terceiro capítulo de sua obra **Desenvolvimento como Liberdade**, intitulado **Liberdade e os Fundamentos da Justiça** (2000, p. 75 e ss.), material que serviu de referência direta a este tópico. O mesmo Sen, em outro trabalho, **Sobre Ética e Economia** (1999b, p. 55 e 63), observa que o **utilitarismo**, enquanto princípio moral, resulta da combinação de três requisitos elementares, quais sejam: (i) **welfarismo**, a requerer que a bondade de um estado de coisas seja função apenas das informações sobre utilidades relativas a esse estado; (ii) **ranking pela soma**, a requerer que as informações sobre utilidade, relativas a qualquer estado, sejam avaliadas considerando apenas o somatório de todas as unidades desse estado; e (iii) **consequencialismo**, a requerer que toda escolha – de ações, instituições, motivações, regras etc. – seja, em última análise, determinada pela bondade dos estados de coisas decorrentes. Mais à frente, em linguagem menos categorial, evidencia melhor os pressupostos que fundamentam a sua crítica: o bem-estar não é a única coisa valiosa, tampouco a utilidade representa adequadamente o bem-estar.

Com efeito, Amartya Sen (2000, p. 81-82) argumenta que, nessas sociedades, os indivíduos pobres aprendem a ajustar seus desejos e prazeres à sua restrição orçamentária, ou seja, aprendem a desfrutar do pouco que possuem. Isso comporta, se não um condicionamento mental de acomodação e consentimento, um mais pronunciado quadro de atitudes adaptativas. Como o utilitarismo persegue a igualdade das utilidades marginais, partindo de um mesmo nível de utilidade para um pobre e um rico, então há de se contar por igual tanto a satisfação adicional que o pobre obtém ao consumir uma unidade a mais de feijão, quanto a satisfação adicional do rico ao consumir uma unidade a mais de caviar.

Segundo a lei dos rendimentos marginais decrescentes, quanto mais se consome um bem, menor será a satisfação adicional que se usufrui do consumo marginal do referido bem. A utilidade marginal está, portanto, ligada à escassez relativa: a satisfação adicional será maior enquanto se consumam bens que nunca se tenham usufruído. Uma aplicação lógica dessa lei seria a permutação dos bens que o indivíduo em melhor situação consome pelos bens que consome aquele em pior situação, até que se chegue ao ponto em que as utilidades marginais de ambos se igualem. No limite, aqui se chegaria ao confronto da própria autodeterminação dos indivíduos.

Uma segunda crítica à igualdade utilitária relaciona-se à tão atrativa imparcialidade do utilitarismo. Ao conferir o mesmo peso a todos os interesses e utilidades, o utilitarismo não leva em conta a possibilidade de **preferências ilegítimas**³¹. Por exemplo, no caso da discriminação por razão de sexo ou cor, o cálculo utilitário diria que a utilidade que a discriminação acarreta haveria de agregar-se às demais utilidades e converter-se em objeto de maximização. A esse respeito, Rawls (1997, p. 161) assinala que preferências desse tipo são irracionais do ponto de vista da justiça³², ainda que não sejam necessariamente irracionais do ponto de vista da utilidade individual.

Uma derradeira crítica ao utilitarismo centra-se na maximização da utilidade agregada em geral e em uma derivação natural de seu princípio distributivo em particular: a distribuição dos bens aos indivíduos capazes de obter uma maior felicidade. As implicações

³¹ Will Kymlicka (2006, p. 34-41) trata com esmero dos descaminhos das referidas preferências ilegítimas, tanto daquelas que derivam do preconceito direto contra negros e mulheres, quanto daquelas que, mesmo tal preconceito não se manifestando explicitamente, enseja a retirada de benefícios aos mais desfavorecidos, embutindo, em última instância, o tratamento discriminatório no cálculo de maximização da utilidade.

³² É óbvio que, nesse caso, estão em jogo as liberdades políticas e civis do grupo discriminado, devendo a regra mais abrangente do Estado de Direito preceder o cálculo utilitarista.

desse critério podem ser elucidadas com mais transparência por intermédio de um exemplo. Suponha-se que o governo distribua um dado bem entre os dez cidadãos que constituem a sua sociedade. Se em um dado momento, nove dos dez habitantes decidem utilizar como bem público o bem do décimo cidadão, o utilitarismo se pronunciaria pelo sacrifício do bem individual em benefício da utilidade da maioria³³. As implicações dessa distribuição redundam naquilo que Alexis de Tocqueville sempre temeu na democracia: a tirania social da maioria³⁴.

1.2.3 O Igualitarismo Liberal

Dois nomes se destacam entre aqueles que podem ser alinhados à corrente do liberalismo igualitário, John Rawls e Ronald Dworkin, sendo que este último, contrariamente ao primeiro, confere à igualdade o posto de princípio fundamental do liberalismo.

1.2.3.1 John Rawls: Justiça como Equidade

Com a publicação de **Uma Teoria da Justiça**, em 1971, John Rawls trouxe de volta a filosofia política e moral para o centro do debate filosófico, depois de um longo hiato de predominância do pensamento utilitarista e dos meandros da filosofia analítica. Fundamentada numa compreensão kantiana do ser humano³⁵, a teoria de Rawls parte do pressuposto de que as pessoas têm a capacidade de raciocinar a partir de um ponto de vista universal, o que significa que detêm a especial capacidade moral de julgar princípios à luz de uma abordagem imparcial (CAMPBELL, 2002, p. 109-110).

O objetivo de **Uma Teoria da Justiça** é duplo: por um lado, Rawls concebe uma teoria política compreensiva com o propósito de estruturar diferentes intuições retributivas que, soltas, não logravam representar uma alternativa à doutrina filosófica

³³ Por mais paradoxal que possa parecer, o argumento do sacrifício individual tem um fundamento ético. Veja-se esta passagem de Mill (2001, p. 18-19): “Embora somente em um estado muito imperfeito de organização do mundo que alguém possa vir a servir melhor à felicidade de terceiros mediante o sacrifício absoluto da sua, enquanto o mundo estiver nesse estado imperfeito, reconheço plenamente que a prontidão para fazer esse sacrifício é a mais alta virtude que se pode encontrar no ser humano”.

³⁴ Vide **Tiranía da Maioria**, na obra **Democracia na América**, de Alexis de Tocqueville (2005, p. 294-297).

³⁵ Em contraposição à justiça aristotélica enquanto virtude particular, de onde a justiça corretiva e a distributiva tiram o seu sentido, no âmbito de uma teleologia que a coloca em relação com o bem, em Kant há uma priorização do justo sobre o bem, de modo que a justiça passa a ter sentido numa abordagem deontológica. Entretanto, enquanto para Kant a ideia de justiça aplica-se determinadamente às relações entre as pessoas, em Rawls ela se aplica prioritariamente às instituições (RICOEUR, 1995, p. 61-62). Daí as razões para o famoso enunciado de Rawls (1997, p. 3): “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”.

dominante até os anos sessenta do século passado, qual seja, o utilitarismo (WELLMAN, 2002, p. 64-65). Por outro, Rawls propõe um tratamento mais aprofundado ao critério de justiça distributiva privilegiado pela maioria das teorias liberais: a **igualdade de oportunidades**.

Para Rawls, a igualdade de oportunidades é um critério atrativo porque supõe que o destino de uma pessoa não deve ser definido pelas circunstâncias sociais a que está exposta, mas por sua escolha individual; ou melhor, numa sociedade que prima pela igualdade de oportunidades, alega-se que as diferenças de renda e de riqueza hão de ser mais produto do mérito³⁶ e da escolha pessoal do que da sorte de haver nascido em uma família com altos níveis de renda e de riqueza. Subjaz ao argumento da igualdade de oportunidades uma crítica ao mercado: na ausência de uma base social, o indivíduo perde a sua capacidade de escolha e, portanto, de autodeterminação.

A defesa da igualdade de oportunidades por Rawls passa, primeiramente, pela definição de quais oportunidades hão de ser colocadas em pauta, ponto nevrálgico de toda a sua argumentação e que mais à frente serão declinadas. Para tanto, o autor norte-americano julga não ser suficiente a mera compensação das circunstâncias sociais com vista a regular as desigualdades daí decorrentes, senão que também hão de ser compensadas as circunstâncias naturais, tais como as diferenças físicas e psíquicas com as quais as pessoas aleatoriamente nascem.

A forma de compensar tais desigualdades se depreende da **concepção geral de justiça**, que remete, em primeira instância, ao referencial heurístico da **posição original**, sob a qual os indivíduos racionais, cobertos por um **véu de ignorância**, se encontram ante a

³⁶ A rigor, como observa Alasdair MacIntyre (2001, p. 417-418), a teoria da justiça de Rawls fundamenta-se na necessidade e a de Nozick nos direitos, e ambas não recebem a devida consideração no que diz respeito aos méritos. Com sede na realidade, MacIntyre oferece dois exemplos, para contrastar a ambos: (i) alguém pode reclamar em benefício dos pobres e desprivilegiados, ponderando que a pobreza e privação destes não é merecida e, portanto, injustificada; e (ii) uma pessoa pode reclamar em causa própria não apenas porque diz possuir direito de posse sobre o que ganhou como fruto de seu trabalho, mas, e sobretudo, porque o merece em virtude de sua vida de trabalho. Observe-se que o mérito é central na teoria aristotélica da justiça, fortemente associada à noção de virtude, cuja desapareição no pensamento atual MacIntyre – mais afeito às ideias comunitaristas – considera negativa.

decisão de escolher um critério distributivo, chegando com isso à referida concepção por intermédio de um contrato social³⁷.

A posição original constitui uma versão do estado de natureza em que os indivíduos podem descobrir os princípios de justiça e o que ela exige de cada um de nós, enquanto pessoas, e das instituições sociais no seio das quais elas viverão juntas cooperativamente.

Na posição original, sob o véu da ignorância, é negado a qualquer um o conhecimento de suas próprias circunstâncias, como sexo, raça, idade, geração, talentos particulares ou deficiências, *status* social, alguma concepção específica do que seja uma vida boa ou o estado particular da sociedade em que se vive. Além disso, as pessoas são consideradas racionais e mutuamente desinteressadas, o que significa dizer que são informadas e esclarecidas para selecionar o que lhes parece mais vantajoso, “sem interesse nos interesses dos outros”. Além disso, as pessoas não desconhecem ou ignoram as possíveis situações em que podem se encontrar, bem assim os fatos gerais sobre a psicologia e a natureza humanas. Essas são as condições segundo as quais, argumenta Rawls, podem ser escolhidos os princípios para uma sociedade justa³⁸ (RAWLS, 1997, p. 105 e 146-153).

Assim, em tese, uma pessoa racional autointeressada, por trás do véu de ignorância, decerto não desejaria pertencer a um sexo, raça ou orientação sexual que venham a ser discriminados pela sociedade. Idem, se detivesse algum tipo de deficiência. Com isso, seria razoável esperar que fossem adotados princípios oponentes à discriminação negativa.

Do mesmo modo, uma pessoa racional autointeressada não gostaria de pertencer a uma geração a que tem sido atribuída uma quantidade menor do que a média de recursos da sociedade. Logo, ela provavelmente endossaria um princípio que definisse uma

³⁷ De fato, o contrato concebido por Rawls se diferencia bastante da clássica tese do contrato social de autores ilustrados como Locke, Hobbes ou Rousseau, haja vista que não possui um caráter explicativo em termos históricos pré-políticos, nos quais supostamente os sujeitos teriam convalidado certas regras de convivência social, consistindo apenas numa estratégia argumentativa a servir de guia para identificar convenções sociais que promovam os interesses dos membros da sociedade. Sobre este ponto, *vide* (KYMLICKA, 2006, p. 74-98).

³⁸ Tal é o motivo por que Rawls designa a sua teoria de **justiça como equidade**: por ser inerentemente equitativo o procedimento que descreve, os princípios a serem escolhidos pelas pessoas seriam princípios justos.

distribuição mais ou menos igual de recursos ou que atribuisse a cada geração o dever de deixar para a próxima, pelo menos, tantos recursos quanto os que usufruiu no início da sua.

Concluindo: uma vez que ninguém tem qualquer conhecimento particular sobre a sua própria situação, se não se sabe, por exemplo, se alguém é homem ou mulher, negro ou branco numa sociedade para a qual seja preciso escolher os princípios básicos da justiça, não faria sentido, do ponto de vista da racionalidade autointeressada, endossar um princípio que favoreça um sexo ou uma raça em detrimento de outro ou outra, uma vez que, levantado o véu da ignorância, poder-se-ia encontrar no lado menos favorável do princípio em questão.

Fundamentalmente, essa concepção requer que todos os bens primários sociais – direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza e a base social para o autorrespeito (RAWLS, 2000, p. 228) – sejam igualmente distribuídos na sociedade, a menos que uma distribuição desigual favoreça o indivíduo em pior situação. Essa preferência pelo sujeito em pior situação Rawls denomina **princípio da diferença**³⁹.

Para Rawls, se os indivíduos atuam a partir de uma lógica de custo-benefício, acolheriam a **concepção geral de justiça** porque desejariam reduzir ao mínimo os custos de nascer na pior situação, ou seja, seguiriam uma estratégia **maxmin**⁴⁰ que lhes permitiria alcançar o máximo valor possível do mínimo de um conjunto de bens básicos, no caso de nascer sob qualquer circunstância social, e em particular, caso se trate da pior situação. Em

³⁹ Rawls, em mais de uma oportunidade, ao longo da obra **Uma Teoria da Justiça**, reenuncia os termos do segundo princípio de justiça. Uma primeira redação aparece em (RAWLS, 1997, p. 16): as “desigualdades econômicas e sociais, por exemplo, desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade”. Uma reformulação subsequente se apresenta em (RAWLS, 1997, p. 64): “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”. Já mais à frente, há uma terceira redação (RAWLS, 1997, p. 88), já bem próxima da que também consta em (RAWLS, 1997, p. 333): “as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos, e (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades”.

⁴⁰ Trata-se de estratégia extraída da **Teoria dos Jogos** e transposta da sua primitiva aplicação no plano econômico (RICOEUR, 1995, p. 66). Jon Elster (1989, p. 237), um dos mais prolíficos autores do **Marxismo Analítico**, em seu artigo *Reflexiones sobre Marxismo, Funcionalismo y Teoría de los Juegos*, afirma ser a teoria dos jogos uma parte da teoria das decisões ou da escolha racional, que permite capturar três conjuntos de interdependência difundidas pela vida social: (i) a recompensa de cada indivíduo depende da recompensa de todos, seja ela motivada por altruísmo, inveja, desejo de igualdade ou motivações similares; (ii) o prêmio de cada um depende da escolha de todos, por meio de uma causalidade social geral; e (iii) a escolha de cada um depende da antecipação da escolha de todos.

outras palavras, as pessoas estariam dispostas a sacrificar recursos potenciais com o objetivo de assegurar uma base social mínima que lhes permita participar na sociedade.

Uma vez que os bens sociais básicos assim definidos abrem espaço à ambiguidade e à contraposição entre bens, Rawls procede então à sua hierarquização na **concepção particular de justiça**. Dessa concepção particular se depreendem dois princípios e duas normas de prioridade inamovíveis (RAWLS, 1997, p. 333-334):

Primeiro Princípio: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

Segundo Princípio: As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

- (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa; e
- (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira Regra de Prioridade (Prioridade da Liberdade): Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e, portanto, as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade.

Segunda Regra de Prioridade (Prioridade da Justiça sobre a Eficiência e o Bem-Estar): O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença.

Tais princípios e normas apresentam uma hierarquização bastante explícita: o princípio de liberdades iguais – civis e políticas endossadas por uma democracia liberal⁴¹ – precede qualquer outro princípio⁴², seguindo-lhe em ordem de prioridade o de igualdade de

⁴¹ Segundo Ian Adams e Robert Dyson (2006, p. 187), embora, à primeira vista, a teoria da justiça de Rawls revestir-se de elevado nível de abstração e de universalidade, ela se inscreve, em boa medida, no domínio de uma teoria liberal-democrática.

⁴² Sob esse princípio, Rawls (1997, p. 65) ratifica o primado da liberdade sobre a igualdade, mencionando entre as liberdades básicas a liberdade política – o direito de votar e ocupar um cargo público –; a liberdade de

oportunidades e, por último, o de igualdade de recursos. Como pano de fundo dessa hierarquização se mantém como elemento distintivo o princípio da diferença⁴³.

Com essas regras procedimentais, Rawls julga haver conseguido associar a arquitetura deontológica e antiutilitarista de sua teoria da justiça aos ideais inapagáveis da Revolução Francesa: “[...] a liberdade corresponde ao primeiro princípio, a igualdade à ideia de igualdade no primeiro princípio juntamente com a igualdade equitativa de oportunidades, e a fraternidade corresponde ao princípio da diferença” (RAWLS, 1997, p. 113).

Entre os bens básicos, Rawls distingue os sociais daqueles considerados naturais, tais como a saúde, o vigor, a inteligência, a criatividade, a imaginação e os talentos naturais etc. Todavia, nem a concepção geral nem a particular de justiça fazem referência aos bens naturais básicos. Tal se deve ao fato de Rawls não resolver o problema mediante uma compensação igualitária de talentos, mas por intermédio do princípio da diferença. Assim, toleram-se as diferenças naturais, sempre e quando forem canalizadas para o benefício do indivíduo em pior situação, num marco de respeito aos princípios e normas de prioridade que se depreendem da concepção particular de justiça⁴⁴.

expressão e de reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, a incluir a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa); o direito de propriedade pessoal e a proteção contra a prisão e da captura arbitrárias. Refere-se ele em grande medida, portanto, ao conteúdo da liberdade negativa, no sentido liberal.

⁴³ Este é um ponto controvertido na teoria de Rawls. Paul Ricoeur (1995, p. 74-75) observa que num sistema que prima pela igualdade, mesmo a parcela a partilhar, desconhecida de início, poderia implicar lesão ao direito do menos favorecido, se resultar de uma produtividade bem aquém de seu máximo potencial, o que vem a demarcar um grau em que a transferência social se torna contraproducente. Em termos práticos, o limite da taxa redistributiva seria o ponto no qual ela comece a desencorajar a criação da riqueza. Este seria o caso, por exemplo, da tributação que se torna um desestímulo à atividade produtiva, em escala tal que os empresários cessam ou restringem sua produção, ou mesmo transferem suas atividades econômicas e, portanto, sua capacidade de fornecer trabalho, para outra jurisdição fiscal. No fluxo e refluxo dos argumentos, Rawls se encontraria, então, entre dois adversários: à direita é acusado de igualitarismo, pela prioridade aos mais desfavorecidos; à esquerda, de fomentar a desigualdade. Ao primeiro grupo Rawls replicaria que, numa situação arbitrária de desigualdade, as vantagens dos mais favorecidos ficariam ameaçadas pela resistência ou falta de cooperação dos mais pobres. Ao segundo, responderia que uma solução mais igualitária do que a proposta seria unanimemente rejeitada porque todos seriam perdedores. Este seria o motivo de Rawls sintetizar o seu ideal de justiça em dois princípios e não apenas em um: o princípio da diferença seleciona a situação mais igualitária possível, compatível com a regra da unanimidade.

⁴⁴ Costuma-se criticar Rawls por pressupor, pela forma como define a ideia da posição original, que os dotes naturais devam ser tratados da mesma maneira que as contingências derivadas das classes sociais, sob a alegação de que não são relevantes para a justiça. Dado que o fato de uma pessoa possuir dotes naturais pode ser uma questão de sorte ou acaso favorável, a questão que se coloca é exatamente a das razões pelas quais isso confere às pessoas mais desfavorecidas o direito a tais dotes. Rawls sugere que mesmo aqueles que detêm dotes naturais superiores não se beneficiariam tanto deles sem o contexto social em que esses dotes são empregados e, por conseguinte, das coisas que deles resultam em cooperação com os outros, ao se lançar mão da complexa rede infraestrutural fornecida pelo sistema social. Além disso, é o sistema social que permite a

Em suma, Rawls busca a igualdade de oportunidades sociais a partir da igualdade dos bens sociais básicos. A igualdade de circunstâncias naturais, por sua parte, se resolve pelo princípio da diferença. O problema maior dessa proposta reside no modo como instrumentalizar esses princípios filosóficos, ou de modo mais explícito, como traduzir tais princípios em políticas públicas. A abordagem de Rawls permite a adoção de duas estratégias de política: o objetivo de igualar os bens sociais básicos seria, em essência, a abordagem teórica de uma política social; o objetivo por trás do princípio da diferença é um argumento teórico que respalda programas de combate à extrema pobreza.

Não há como se omitir o fato de que o Estado joga um papel protagônico na implementação de políticas redistributivas, a partir dos critérios postulados por Rawls, sem que isso implique, necessariamente, a supressão do mercado enquanto mecanismo de alocação de recursos, porquanto “[...] a economia é, dizendo de forma geral, um sistema de mercado livre, embora os meios de produção possam ou não ser propriedades privadas” (RAWLS, 1997, p. 70)⁴⁵.

Ainda que muitas sejam as críticas direcionadas à teoria de Rawls, especialmente no que tange à pretensão de seu método para formular princípios universais de justiça, há nela muito de atrativo, como avalia Tom Campbell (2002, p. 117), especialmente como meio para que cidadãos de sociedades liberais, nas quais a autonomia individual e a tolerância com as diferenças são enfatizadas, possam alcançar acordos sobre a estrutura normativa básica da sociedade, ou melhor, um **consenso sobreposto** mais estável do que um simples acordo temporal de convivência. Além disso, rejeitar a visão de que há alguma objetividade e universalidade em seu método não lhe retribui o mérito, na medida em que ela incorpora e institucionaliza o papel da imparcialidade no debate moral e na adoção de decisões políticas. Há muito, também, a dizer em favor do **equilíbrio reflexivo** como método

esses indivíduos mais bem dotados reter uma parcela maior do que efetivamente merecem, extraída daquilo que apenas são capazes de produzir com a ajuda dos outros (BONJOUR; BAKER, 2010, p. 619-620).

⁴⁵ Em vista dos pressupostos de sua teoria, Rawls nega-se a aceitar a derivação que pareceria mais natural para a sua instrumentalização – a instauração de um **estado de bem-estar** –, principalmente porque propõe compensações *ex post* à participação dos indivíduos no mercado, o que vai de encontro ao que propugna, ou seja, redistribuições *ex ante*, por meio das quais os indivíduos seriam dotados de capital físico e humano antes de ingressarem na dinâmica de uma economia de mercado, caracterizando em boa medida a denominada **democracia de cidadãos-proprietários**. Logo, a ideia não se restringe a dar assistência aos que levam a pior em razão do acaso ou da má sorte – embora isso tenha de ser feito –, mas a de colocar todos os cidadãos em condições de conduzir seus próprios assuntos num grau de apropriada igualdade social e econômica (RAWLS, 2003, p. 197).

para depurar e harmonizar nossas crenças morais, ainda que ausentes os fundamentos que respaldem a autoridade das intuições da espécie.

1.2.3.2 Ronald Dworkin: Igualdade de Recursos

A adotar a igualdade como um ideal distributivo, tem-se a defesa da instauração de uma pauta cuja aplicação produzirá efeitos, tendo em vista um determinado estado de coisas a atingir na sociedade. Essa pauta pode vir a concorrer com outras pautas, tais como as defendidas pelo princípio da diferença de Rawls ou a de maximização utilitarista. Esse processo de escolha deriva de uma questão ainda mais ampla, acerca do que seja valioso para essa mesma sociedade ou qual a informação acerca do estado de coisas a perseguir que se deve levar em maior conta, questões que no domínio igualitário, obviamente, convergem para avaliações de estados de coisas distributivos.

Dworkin (2000, p. 269-280), em uma de suas teses mais difundidas, insiste em que os liberais são mais profundamente comprometidos com um ideal de igualdade do que qualquer ideal de liberdade, e ele mesmo rejeita o lugar-comum de que as políticas liberais consistem substancialmente num balanceamento entre esses ideais concorrentes⁴⁶. Para tanto, desenvolveu, no início dos anos oitenta, dois trabalhos, hoje clássicos, destinados a elucidar o próprio conceito de igualdade social, a partir de duas concepções de igualdade distintas: a igualdade de bem-estar e a igualdade de recursos⁴⁷.

No plano da igualdade de bem-estar, a informação relevante adotada para avaliar estados de coisas é o bem-estar subjetivo dos indivíduos. Dworkin distingue, então, dois tipos de concepções de bem-estar: uma defendida pelo utilitarismo clássico e outra, mais recente, bastante empregada, em algumas de suas versões, na economia e na teoria dos jogos. A primeira concebe, substancialmente, o bem-estar como um estado mental ou de consciência valorado pelo prazer (hedonismo), felicidade (eudemonismo) ou simplesmente como satisfação subjetiva. Quanto à segunda, o bem-estar associa-se à satisfação de preferências,

⁴⁶ Decerto, um forte compromisso com a liberdade na esfera econômica está mais provavelmente associado com o conservadorismo político do que com o liberalismo, particularmente quando se toma esses termos tal como são entendidos na América do Norte.

⁴⁷ Ambos os trabalhos foram incorporados posteriormente à sua obra **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade** (DWORKIN, 2011), passando a constituir, respectivamente, os capítulos 1 (p. 3-77) e 2 (p. 79-156) da obra em referência.

classificadas, segundo Dworkin, em políticas, impessoais e pessoais, não necessariamente cumulativas⁴⁸.

Podem ser extraídas das argumentações de Dworkin duas importantes críticas à concepção de igualdade de bem-estar, direcionadas univocamente a cada uma das vertentes anteriormente sumariadas. A primeira crítica, ao conceito de bem-estar utilitarista, resgata um argumento desenvolvido por Robert Nozick em seu polêmico livro **Anarquia, Estado e Utopia**, de 1974, por intermédio do hipotético exemplo da **máquina de experiências**. Nozick (1991, p. 58-60) propõe que imaginemos a seguinte situação: a ciência, já num estágio bastante avançado, foi capaz de desenvolver uma máquina que, conectada ao cérebro de uma pessoa por meio de eletrodos, possibilita a esta experimentar quaisquer sensações que venha a desejar previamente à conexão com tal máquina, construto que, por sua vez, dispõe de extenso menu de experiências, como ser famoso ou vencer uma maratona. Pergunta-nos, então, Nozick se desejaríamos ficar conectados a essa máquina por toda a vida. Se o único bem valioso para os indivíduos fosse as sensações que experimentam, a resposta deveria ser afirmativa. Entretanto, é quase certo que a grande maioria das pessoas resistiria a ser conectada.

Uma opção equivalente traz Dworkin (2011, p. 48) aos seus leitores, ao desenvolver um argumento similar: imagine que uma pessoa tenha uma genuína escolha – a ser esquecida depois de feita – entre uma vida na qual realizasse um importante objetivo, sem que o percebesse, e outra vida na qual acreditasse, equivocadamente, que havia realizado aquele mesmo objetivo e, portanto, usufrísse o prazer e a satisfação dessa convicção. Dworkin afirma então que se você escolher a primeira opção, certamente, considera a satisfação menos importante do que outras coisas. A razão pela qual escolheríamos uma realidade não tão satisfatória a uma fantasia feliz parece advir da valoração que as pessoas fazem da satisfação subjetiva, somente na medida em que corresponde a algum estado de coisas valioso no mundo: é esta dissertação que conseguimos, de fato, escrever que torna valiosa a experiência de sentir prazer em havê-la escrito, e não o inverso.

⁴⁸ As preferências políticas referem-se ao modo como deveriam ser distribuídos os bens e oportunidades na sociedade; as impessoais estão relacionadas à vida de outras pessoas; e as pessoais são preferências autorreferentes, ou seja, acerca da própria situação (DWORKIN, 2011, p. 17-26).

A segunda concepção de bem-estar, como satisfação de preferências, busca solucionar esse problema, dado que satisfazer uma preferência implica que algo realmente suceda no mundo, ou de outro modo, somente satisfaça minha preferência de escrever esta dissertação se realmente a escrevo, e não se apenas creio ilusoriamente havê-la escrito.

Tomando o exemplo oferecido por Dworkin (2011, p. 5), um pai com três filhos – um cego, um *playboy* com preferências dispendiosas e um terceiro com aspirações a ser político também dispendiosas – não deveria desconsiderar tais diferenças no momento em que estiver elaborando seu testamento. Eis aí três casos em que os indivíduos precisam de mais recursos que a média para poderem atingir um mesmo grau de bem-estar. Nessa situação, a se orientar pela concepção de igualdade de bem-estar, os três somente seriam tratados igualitariamente caso se satisfaça em igual medida a preferência do cego por equipamentos que contornem ou atenuem o efeito de sua doença, do *playboy* pelos manjares ou joias caras que costuma adquirir, do aspirante a político pelos custos que estão associados à campanha.

Alterando um pouco o exemplo de Dworkin, pode-se alcançar as suas consequências anti-intuitivas. Suponha-se que o cego possua uma capacidade maior que a do *playboy* para transformar os recursos em bem-estar. Suas preferências são modestas, não necessitando de recursos tanto quanto o *playboy* para satisfazê-las, ainda que necessite mais que a média. Nesse caso, a igualdade de bem-estar afirma que se deveria atribuir ao *playboy* mais recursos que ao cego, até o ponto em que ambos alcancem o mesmo nível de bem-estar. Todavia, isso parece inaceitável, porquanto a razão pela qual alguém não pode alcançar o mesmo nível de bem-estar com os mesmos recursos interessa. Parece que o *playboy* não possui o mesmo direito que o cego aos recursos, porque não se equivalem a deficiência natural objetiva e um gosto caro. A pretensão seria alcançar o maior grau possível de capacidades para o cego e se, com isso, este venha a superar em bem-estar ao *playboy*, isso seria justificável pelo fato de que a menor eficiência deste último se deveria a algo menos objetivo que no caso daquele. Claro está que, por trás desta crítica, se encontra a crença de que alguém é responsável pelos fins ou preferências que persegue ou deseja satisfazer e, conseqüentemente, pelos custos que sua satisfação implica.

Sob essa perspectiva de igualdade, segundo a qual cada um há de tornar-se responsável pelas próprias preferências, Rawls já houvera oferecido a sua teoria dos bens primários: as comparações interpessoais devem ser realizadas sobre a base de certos bens objetivos, tais como recursos econômicos, oportunidades, posições sociais etc. Desse modo,

dois indivíduos se encontrarão em situação igualitária, quando a quantidade que possuem desses bens seja igual. Tal perspectiva, bem se vê, afasta qualquer ideia de comparação e maximização da satisfação em questões de justiça. Embora pareça solucionar a contento o caso do *playboy* – ao torná-lo responsável por seus gastos esquisitos ao desconsiderar seus reclamos por mais recursos para alcançar igual bem-estar –, há insuficiências nesse aporte rawlsiano quando se toma o caso do cego, isto é, naqueles casos em que se consideraria justificável o apelo por mais recursos. Rawls deixa de lado, explicitamente, o caso das deficiências, ao supor igualdade aproximada nas capacidades dos indivíduos, situação que, de todo modo, não é plenamente justificável, uma vez que os indivíduos variam em seus talentos e capacidades naturais de modo considerável, e isso deve, de algum modo, ser contemplado no quadro de informações relevantes para se avaliar estados de coisas.

Em seu segundo artigo sobre a igualdade, Dworkin (2011, cap. 2, p. 79-156) desenvolve uma minuciosa teoria que segue, em grandes linhas, a teoria dos bens primários de Rawls, buscando solucionar, entretanto, as dificuldades acima mencionadas. Dworkin aduz, fundamentalmente, os seguintes argumentos: (i) supõe-se uma igualdade de recursos inicial, sendo que cada indivíduo adquire os bens disponíveis mediante um **leilão** ideal; (ii) a partir daí a distribuição de bens ou recursos pauta-se pelo mercado; e (iii) institui-se um **seguro contrafático**, a ser implementado por meio de impostos progressivos sobre os lucros, de modo a compensar as diferenças naturais, especialmente as de talento, e as deficiências iniciais, com o que se pretende assegurar certa continuidade na igualdade de recursos.

Como se observa, dois expedientes técnicos importantes são introduzidos nessa concepção de igualdade de recursos: o do leilão inicial e o do seguro contrafático. O primeiro tem por objetivo assegurar a igualdade na distribuição de recursos, especificamente daqueles impessoais, pois os pessoais não estão disponíveis para arrematação. A começar no momento em que todos teriam possibilidades de adquirir os recursos impessoais de sua preferência, o leilão findaria quando cada um dos participantes, satisfeito com o lote de recursos que houver adquirido, se ache livre do sentimento de inveja por não haver adquirido o conjunto de recursos adquirido por outrem, supostamente melhor⁴⁹. Por outro lado, o seguro contrafático busca solucionar o problema das diferenças de talentos ou capacidades e das deficiências. A

⁴⁹ Dworkin (2011, p. 79-87) denominou esse teste para a apuração do momento final do propugnado leilão como **teste da cobiça** ou, a depender da tradução que se faça, **teste da inveja**.

ideia central desse seguro hipotético é que os indivíduos, no momento inicial da distribuição igualitária, destinam uma porção de seus recursos para pagar um seguro que os cubra da eventualidade de possuírem uma deficiência – de nascimento ou posteriormente adquirida – ou de serem menos talentosos do que a média. Isso permitira, segundo Dworkin, manter a igualdade, ainda que sobre a base de desigualdades naturais. Trata-se de um seguro contrafático, pois é evidente que, na realidade, não é possível escolher de antemão um seguro, por exemplo, contra a invalidez, nos casos em que a deficiência seja de nascimento. Por isso, há de se definir qual seguro contratariam indivíduos racionais numa situação inicial hipotética e, nesse mister, a similitude de tal recurso heurístico com o **véu da ignorância** de Rawls é evidente, na medida em que este último se refere a uma situação hipotética em que os indivíduos não conhecem suas próprias capacidades e a sorte que os espera na sociedade⁵⁰.

Outra característica desse mecanismo é que, em sentido estrito, os talentos ou capacidades pessoais não são considerados recursos, apesar de que servem, obviamente, para gerar recursos, esperando-se, por conseguinte, que os mais talentosos sejam mais produtivos no mercado. Esse ponto é importante porque tem dado margem a algumas críticas como as apresentadas em seguida.

A primeira crítica, associada substancialmente ao questionamento do rol das capacidades ou talentos na igualdade de recursos, já houvera sido desenvolvida por Amartya Sen em sua concepção de igualdade a que denominou por **igualdade de capacidades**, assente no fato já mencionado de que diferentes indivíduos têm distintos dotes naturais para transformar os recursos em bem-estar, de modo que, segundo Sen, o que importa igualar seria justamente a capacidade de satisfazer preferências, sejam quais forem. Expressando de outra maneira, isso significa contabilizar os dotes individuais como recursos, que devem entrar no cálculo igualitarista. E, sinteticamente, nisso reside a discordância entre esses dois autores: o que se considera moralmente importante igualar. Dworkin defende a igualdade de recursos, mais um sistema de compensação, enquanto Sen a igualdade nas capacidades de levar à frente planos de vida.

A segunda crítica provém de uma posição bem mais correlata à igualdade de bem-estar: ainda que seja certo que os indivíduos escolhem muitas vezes os fins ou preferências que desejam satisfazer e, portanto, pode-se torná-los responsáveis por isso, é

⁵⁰ Vide §24 de “Uma Teoria da Justiça” (RAWLS, 1997, p. 146-153).

demasiado grave assumir que sempre seja assim. Em muitos casos, as preferências são definidas por circunstâncias sociais externas, tais como a educação, o ambiente social etc. Não seria necessário defender um determinismo moral extremo para se admitir, mesmo que parcialmente, que essa definição existe, de modo que uma teoria adequada deveria distinguir entre preferências voluntárias e involuntárias, responsabilizando os indivíduos somente pelas primeiras⁵¹ (LOPEZ, 1993, p. 423-424).

1.2.4 O Libertarismo

Partindo de uma valoração sem concessões da liberdade individual frente às exigências da sociedade em seu conjunto, os teóricos do libertarismo contemporâneo entendem a justiça como a resultante do exercício de uma série de liberdades individuais irrenunciáveis no marco de um Estado não intervencionista, isto é, limitado às funções policiais e judiciais necessárias para evitar delitos, fraudes e abusos similares de particulares sobre outros. Tal definição inscreve-se, no contexto da teoria política contemporânea, ao que frequentemente se denomina por **libertarismo de direita**⁵². Em sua origem, segundo Samuel Fleischacker (2006, p. 125-126), contou com a contribuição de ilustres pensadores e filósofos, como Herbert Spencer, um defensor do **darwinismo social**, contrário a qualquer espécie de distributivismo e uma das figuras intelectuais mais importantes do século XIX.

Fleischacker (2006, p. 134-135) sumaria em seis pontos as razões levantadas por Spencer, que o levaram a ser contrário às políticas redistributivas em favor dos pobres, a saber: (i) os pobres são inaptos a sobreviver e toda a ajuda a eles nunca será o bastante; (ii) deixado ao seu próprio curso, o processo de evolução social acabará por vencer a pobreza, simplesmente pelo perecimento dos mais inaptos; (iii) as políticas governamentais para

⁵¹ A propósito, o próprio Dworkin (2000, p. 309) reconhece que, na prática, não existem programas absolutamente justos de (re)distribuição, pois mesmo que pudessem ser definidos quais os aspectos da situação econômica são decorrentes das escolhas individuais e quais não o são, seria praticamente impossível desenvolver um sistema tributário, para a nação, capaz de deixar intactos os primeiros aspectos, repassando somente os últimos. Sob essa perspectiva, o ideal de igualdade deveria ser perseguido por aproximação, reexaminando-se as escolhas a cada vez que novas provas ou programas emergirem à pauta.

⁵² A acepção faz contraparte ao **libertarismo de esquerda**, mais próximo a ideologias de inspiração marxista ou anarquista e mais sensível a considerações distributivas, como as que exigem que os recursos naturais sejam divididos igualmente ou que defendem, até mesmo, a igualdade de oportunidade, pelo que sofrem objeções por deixarem os agentes insuficientemente livres ou protegidos contra interferências. Peter Vallentyne (2007, p. 559), além de se incluir nesta última abordagem, menciona outros três adeptos, Gerald A. Cohen, Hillel Steiner e Michael Otsuka, lista ainda amplável com os nomes de Philippe Van Parijs e David Ellerman. Contribuições de alguns desses autores costumam aparecer em obras que compendiam artigos associados ao **marxismo analítico**, analisado mais à frente.

solucionar o problema da pobreza estão fadadas ao fracasso, pois a sociedade não tem controle; (iv) a virtude da caridade resultará corroída pelas tentativas governamentais; (v) tais tentativas acarretarão problemas legais diversos, em face dos objetivos pouco claros dessas ações; e (vi) os direitos de propriedade, cuja proteção é dever fundamental do Estado, serão violados por tais políticas. Três dos mais importantes autores do libertarismo no século XX – **Friedrich Hayek, Milton Friedman e Robert Nozick** –, recorreram, como se verá adiante, a algumas dessas teses suscitadas por Spencer: o primeiro a enfatizar o terceiro argumento e os outros dois o sexto.

Hayek⁵³, em sua obra fundamental **Os Fundamentos da Liberdade**, de 1960, afirma categoricamente que, como uma declaração de fato, não é verdade que todos os homens nascem iguais. Pode-se continuar a empregar essa frase consagrada para exprimir o ideal de que, legal e moralmente, todos os homens devem ser tratados igualmente. Mas, caso se queira entender o que esse ideal de igualdade pode ou deveria significar, o primeiro requisito é livrar-se da crença na igualdade factual. A partir disso, passa a argumentar que se todos os indivíduos forem tratados de modo igual, sendo desiguais, o resultado há de ser a desigualdade em sua posição real. Logo, a única maneira de colocá-los em uma posição de igualdade seria tratá-los de forma diferente. Conclui então que a igualdade perante a lei e a igualdade material entre os indivíduos estão em necessário conflito entre si, podendo-se alcançar um ou outro, mas não ambos ao mesmo tempo. Uma vez que a igualdade perante a lei é considerada como um pré-requisito necessário para uma sociedade livre, isso resultaria automaticamente na desigualdade material (HAYEK, 1983, p. 94-95).

A demanda por igualdade é, para Hayek, o motivo professo da maioria daqueles que desejam impor à sociedade um padrão preconcebido de distribuição: “Nós somos contrários a toda tentativa de impingir à sociedade qualquer modelo de distribuição preconcebido, quer ele implique uma ordem de igualdade ou de desigualdade” (HAYEK, 1983, p. 94). Aduz, demais, que as desigualdades devidas ao nascimento, à herança e à educação, quando compatíveis com o ideal de liberdade, de fato, promovem um maior benefício para a liberdade em seu conjunto (HAYEK, 1983, p. 95-99).

⁵³ As ideias de justiça de Hayek antecedem cronologicamente ao debate instaurado pela obra balizadora de Rawls no limiar da década de setenta. Idem, para os tópicos aqui sumariados, extraídos da obra **Capitalismo e Liberdade**, de 1962, de autoria de Milton Friedman. O lançamento em 1974 de **Anarquia, Estado e Utopia**, de Robert Nozick, por sua vez, já representa uma ampla disputa com os argumentos de **Uma Teoria da Justiça**, de 1971.

Além de enfatizarem que a igualdade completa se mostra impossível de alcançar, os libertaristas também costumam assumir posição de que ela é indesejável. O argumento é de que um mundo de igualdade é inimigo de crescimento e incentivos. Hayek acreditava que o rápido crescimento econômico que então se presenciava era, em larga medida, o resultado da desigualdade, sendo impossível sem ela: “O progresso num ritmo tão rápido não pode ocorrer em uma frente uniforme, mas de forma escalonada, ficando alguns bem adiante dos outros” (HAYEK, 1983, p. 43). Afinal, o conhecimento é uma parte vital do processo de progresso e seus benefícios podem se espalhar apenas gradualmente e as ambições de muitos será sempre determinada por aquilo que ainda é acessível apenas a uns poucos. Num contexto semelhante, Hayek afirma que coisas novas muitas vezes se tornam disponíveis para a maior parte das pessoas só porque há algum tempo eles foram os luxos de poucos (HAYEK, 1983, p. 43-44).

Hayek (1985, p. 25-38) admite que o conceito de justiça seja válido em nível individual, porém rejeita prontamente o conceito de justiça social, pois ainda que haja sentido em julgar certo resultado de uma ação individual, deliberada e consciente, como justo ou injusto, carece de sentido estender esse raciocínio ao plano social, já que aí os resultados não podem ser atribuídos a ações coletivas deliberadas – entendida a sociedade como algo distinto do governo e outras organizações hierárquicas⁵⁴ –, sendo possível apenas qualificá-los como bons ou maus. Na visão de Hayek, os resultados distributivos provêm de um processo de auto-ordenamento ou de ordem espontânea – a ordem do mercado –, não do desígnio de uma autoridade central Hayek (1985, p. 79-82).

Tanto quanto Rawls e Sen, Hayek é claramente antiutilitarista quando declara ser inadmissível e inútil a intenção de se definir as preferências sociais da economia em seu conjunto, haja vista que crê na criação evolutiva, espontânea, das instituições e rechaça todas as tentativas de fundação de instituições que alterem as pautas de alocação e distribuição advindas de uma ordem de mercado⁵⁵ (HAYEK, 1983, p. 61-62).

⁵⁴ Hayek (2010, p. 55-63) somente admite haver alguma correspondência entre ações sociais e resultados distributivos numa economia centralmente planejada, e somente nela se poderia falar de justiça social. Não obstante, Hayek tece críticas, sob um ponto de vista moral, à validade de uma sociedade coletivista, na qual uma autoridade central substitui a escolha individual e se perde a liberdade. Aliás, essa é uma de suas proposições centrais de sua obra **O Caminho da Servidão**, de 1944.

⁵⁵ Subjacentes a essas ideias está o fato de que Hayek (1964, p. 13-16) distinguia de modo muito peculiar as ciências sociais das ciências naturais. Como as pessoas não obedecem a leis psicológicas ou econômicas tal

Nessa perspectiva, os libertaristas são muito críticos dos planos liberais e socialistas de aplicação de políticas de justiça distributivas igualitárias. Como Hayek assinala, não há necessidade de justificativa moral para distribuições específicas, seja de renda seja de riqueza, não deliberadamente implementadas, sendo antes fruto de um jogo de mercado que aumenta as chances de sucesso de todos (HAYEK, 1985, p. 141). Um objetivo válido de política pública seria assim o estabelecimento de regras de conduta justa ou de regras de comportamento abstratas que permitam a toda pessoa perseguir seus próprios fins. Fora do domínio dessas regras, todas as demais políticas tendentes a valorar ou mudar os resultados finais em nível social carecem de sentido (HAYEK, 1983, p. 261-262).

Os pensadores libertaristas, como Hayek e Friedman, têm-se centrado, entre outras questões, nas noções de igualdade de oportunidades e de igualdade perante a lei. Assume-se que cada uma dessas noções de igualdade convirja para o reforço da liberdade individual. O princípio da igualdade de oportunidades garante que cada pessoa tenha oportunidade de fazer o que deseje e apresente capacidade para tanto. Disso decorre que as desigualdades devem ser toleradas se resultantes de diferenças no esforço pessoal e no mérito, e não como o resultado de diferentes oportunidades⁵⁶ (HAYEK, 1983, 99-103).

Outro influente teórico do liberalismo econômico, **Milton Friedman**, em sua obra **Capitalismo e Liberdade**, de 1962, argumenta que o princípio ético que preside a distribuição de riqueza em uma sociedade de livre mercado é “[...] a cada um de acordo com o que ele e seus instrumentos de trabalho produzem”. Em sua opinião, se a justiça não se baseia em que cada indivíduo cobre tudo o que produz, produzir-se-á o efeito de que haverá trocas sobre a base do que se possa cobrar, e não sobre a base do que se pode produzir, e isso redundará em prejuízo para todos (FRIEDMAN, 1988, p. 145).

Friedman argumenta que as desigualdades que se observam nas sociedades livres não são tão grandes caso sejam comparadas às existentes em sociedades não capitalistas. Sustenta que um mercado impessoal e livre de amarras tem o poder de separar as atividades econômicas dos pontos de vista políticos, protegendo as pessoas contra a discriminação com relação às suas atividades por motivos irrelevantes à sua produtividade –

como a matéria obedece às leis da física, todas as tentativas de controle da sociedade nos padrões em que a ciência controla o ambiente seriam equivocadas.

⁵⁶ Tais argumentos contrastam bastante com a noção de igualdade de renda ou de resultados, que exigiria ação do Estado para corrigir as consequências adversas do livre mercado.

quer tais motivos estejam associados às suas opiniões quer à cor de sua pele. Como consequência, deduz que os grupos sociais minoritários são os que mais razões têm para sair em defesa do capitalismo competitivo⁵⁷: negros, judeus e estrangeiros, para mencionar os mais óbvios (FRIEDMAN, 1988, p. 28).

Outro autor libertarista bastante prestigiado, **Robert Nozick**, logo no início de sua obra **Anarquia, Estado e Utopia** evoca o peso inarredável das ideias semeadas por Rawls em **Uma Teoria da Justiça**: “Os filósofos políticos têm agora ou de trabalhar com a teoria de Rawls ou explicar por que não o fazem” (NOZICK, 1991, p. 202).

A abstração de convenções sociais – como as que definem a distribuição da propriedade, as hierarquias sociais, a atribuição de responsabilidade por certas classes de atos e não por outras – e dos processos sociais – como os que geram a propagação de talentos ou de enfermidades – parecia ser um argumento suficientemente frágil para deixar girando no vazio as correntes de pensamento conservadoras apoiadas indelevelmente em tais convenções e processos. Só mesmo o talento argumentativo de Nozick poderia obscurecer o fato de que a sua defesa do libertarismo está, efetivamente, mais assente em pressupostos não justificados e em interrogações do que, propriamente, na articulação bem fundamentada de razões e conclusões (NAGEL, 1995, p. 137 e ss.).

Nozick parte de um conjunto de direitos naturais, à maneira de Locke, para tratar de mostrar como um **Estado mínimo** poderia haver emergido a partir de acordos consensuais de indivíduos sem violar os direitos de ninguém, mediante um processo análogo ao da **mão invisível**, já que um resultado desejável é produzido a partir de atos que têm outras intenções. Sustenta, porém, que a geração de um Estado maior do que o mínimo não pode se dar sem violar necessariamente os direitos dos indivíduos a ele sujeitos. E mais: não há, de fato, uniformidade sobre o ideal de vida boa, e a ideia de sociedade perfeita não tem qualquer fundamento, motivo por que a ninguém é concedido o direito de impor aos demais a sua própria utopia (NOZICK, 1991, p. 337-338).

Como consequência, Nozick rejeita os **princípios finalistas** de justiça, que tornam a justiça dependente de uma distribuição em conformidade com um estado de coisas,

⁵⁷ Friedman (1988, p. 99) observa que os setores econômicos que mais exercem discriminação são os monopolísticos, enquanto que a discriminação por motivo de cor ou credo se mostra mais atenuada onde há maior liberdade de competição.

tal como uma dada estrutura ou meta, nos moldes preconizados pelos princípios utilitaristas ou de Rawls. Do mesmo modo, passa ao largo dos **princípios padronizados** de justiça, que fazem a justiça depender da distribuição de circunstâncias como o mérito, o talento, o esforço ou a responsabilidade nas escolhas. Ao contrário, Nozick defende **princípios históricos** de justiça, que fazem a justiça depender de uma distribuição de como ela tem-se reproduzido historicamente⁵⁸.

Denominando sua digressão especulativa por **teoria do título ou do direito a coisas**, caracteriza-a por meio de três princípios constitutivos: (i) **princípio da aquisição inicial justa** – baseado no pressuposto de que possuímos nossos próprios corpos e suas capacidades e os objetos com que exercemos nossas atividades, uma vez respeitado algo assim como a cláusula lockeana de que restem objetos em suficiente quantidade e qualidade para os demais, ou melhor, desde que o bem-estar de ninguém seja diminuído em relação à situação anterior, em que o uso da coisa era comum⁵⁹; (ii) **princípio de transferência das propriedades** – fundamentado no primado da noção de trocas livres, segundo a qual cada um pode tornar-se o proprietário legítimo de uma coisa adquirindo-a por meio de uma operação voluntária, de comum acordo com a pessoa que foi previamente a legítima proprietária; e (iii) **princípio de retificação das injustiças**⁶⁰ – a prescrever eventuais reparações no caso em que os princípios anteriores sejam mal aplicados. Desses três princípios, Nozick (1991, p. 181), parodiando Marx, faz derivar o critério de distribuição que aos seus olhos parece o mais justo: “De cada um, como eles escolherem; a cada um, como foram escolhidos”.

Nozick ilustra sua teoria com o exemplo intuitivo de um famoso jogador de basquetebol à época em que concebeu a sua obra de referência: Wilt Chamberlain. Pede-nos ele para imaginarmos uma sociedade justa segundo um padrão distributivo qualquer, de forma

⁵⁸ Nozick (1991, p. 215 e 236) afirma que os princípios de justiça de Rawls assumem que os bens são como o **maná do céu**, que se produzem mediante um processo que não tem implicações quanto à sua titularidade, por deixarem de lado o fato de que as coisas entram no mundo já vinculadas às pessoas que detêm direitos sobre elas, ou com acordos prévios sobre como devem ser possuídas.

⁵⁹ Ainda que se admita a limitação ínsita na cláusula lockeana, o que ela não proíbe, insiste Nozick (1991, p. 199-2000), é que alguém realize com os seus bens certas atividades que não melhorem a situação dos demais, tal como no caso de um médico pesquisador que sintetiza uma nova substância capaz de combater eficazmente determinada doença e se recusa a vender sua descoberta, exceto sob as condições que impõe: não se piora a situação dos outros, uma vez que não se vêm privados de nada que, previamente, já não detivessem.

⁶⁰ Na opinião de alguns comentaristas, como Philippe Van Parijs (1997, p. 107), caso se levasse tal princípio de retificação das injustiças às últimas consequências haveria de se ter uma forte redistribuição, redistribuição essa que o próprio Nozick descarta de antemão, franqueando-se, desse modo, a críticas incisivas.

a caracterizar uma situação inicial em que todos já disponham de seus correspondentes recursos. Consideremos, agora, que o mencionado jogador, uma atração de bilheteria, firme um contrato pelo qual, nas partidas em que sua equipe detenha mando de jogo, receberá US\$ 0,25 do preço de cada entrada. Ao final da temporada, constatou-se que um milhão de pessoas assistiu aos jogos em que Chamberlain participou, dando-lhe direito a um retorno de US\$ 250 mil, soma muito superior à renda média das pessoas e inclusive à de outros jogadores do mesmo esporte. Pergunta-se então: essa transferência foi justa? Se a distribuição original era justa e as pessoas passaram a outro estado voluntariamente, transferindo parcela do que haviam recebido inicialmente, então justa também será a distribuição final, conclui Nozick.

Mas isso não é tudo: tributar os rendimentos assim obtidos por Chamberlain seria forçá-lo a uma contribuição de caridade contra a sua vontade. “A tributação da renda gerada pelo trabalho está na mesma situação que o trabalho forçado”, afirma Nozick (1991, p. 188). Seria como o Estado apoderar-se de parte do tempo de alguém, obrigando-o a exercer atividades em seu favor, ou mesmo incitando-o a um trabalho não remunerado, durante certo período de tempo, em favor de outrem, do que se conclui que o Estado exerceria um direito de propriedade parcial sobre as pessoas.

E é nesse ponto que as reivindicações libertaristas convergem para o argumento ético-filosófico da posse de si mesmo: Nozick (1991, p. 46), tal como Rawls, parte do princípio kantiano de que os indivíduos devem ser tratados como fins e não como meios. Mas associar tributação com trabalhos forçados, escravatura ou apropriação indébita pode parecer exagero aos olhos dos liberais igualitários.

Michael J. Sandel (2011, p. 85-90) sintetiza cinco objeções, e seus respectivos contra-argumentos, à concepção libertarista de justiça de Nozick: (i) **a taxação não é tão ruim quanto o trabalho forçado**, pois sendo proporcional aos rendimentos do trabalho, resta a opção de trabalhar menos, escolha que não ocorre com o trabalho forçado; mas então por que o Estado haveria de forçar as pessoas a tal opção nesse tipo de atividade e não em outras, como o lazer; (ii) **o pobre necessita mais de dinheiro**, tese não refutada pelos libertaristas que, não obstante, preferem a persuasão à obrigação, como forma de colaborar com os mais necessitados, por consistir no livre e espontâneo exercício da vontade; (iii) **Chamberlain não**

joga sozinho⁶¹ e, por isso mesmo, tem uma dívida para com as pessoas que contribuem para o seu sucesso; do mesmo modo, os libertaristas não discordam dessa objeção, mas contrapõem o fato de que essas pessoas já foram remuneradas de acordo com o valor de mercado, aceitando voluntariamente menos pelo exercício das mesmas atividades desenvolvidas por Chamberlain, daí porque este não lhes deve qualquer parcela de seus ganhos; (iv) **Chamberlain não está sendo tributado sem o seu consentimento**, pois sendo cidadão de uma democracia, tem voz ativa para interferir na elaboração das leis tributárias às quais está sujeito; nesse caso, o consentimento é quase que meramente formal, porquanto, de fato, pertencer a uma sociedade como cidadão não é como assinar um cheque em branco e aceitar, de antemão, qualquer lei, por mais injusta que seja; e (i) **Chamberlain é um homem de sorte** e não pode reivindicar os créditos por seus dotes naturais e habilidades, razão pela qual não detém o direito moral de ficar com todo o dinheiro que seus talentos são capazes de gerar; aqui o problema retorna, novamente, à questão de que se alguém não tem a propriedade de seus próprios talentos e habilidades não é dono de si mesmo.

Observa-se no escopo teórico apresentado por Nozick a mesma perspectiva de justiça procedimental ou processual que se encontra nas postulações defendidas por Hayek, ancorada firmemente na tradição do individualismo metodológico, em que somente as ações dos indivíduos podem ser avaliadas sob o ponto de vista moral. Se a **justiça processual** ocorre naqueles casos em que o ganhador vence obedecendo a regras definidas de antemão, independentemente de fatores como capacidade, esforço ou sorte, Will Kymlicka (2006, p. 130) julga que o exemplo de Wilt Chamberlain se mostra contraintuitivo, pois a distribuição inicial, ainda que se considere justa, não terá partido de regras sobejamente conhecidas, com o que se poderia objetar que não necessariamente alguém, na posição inicial, possuirá bens a partir de uma dotação de direitos absolutos.

Decerto, Nozick não se detém sobre os princípios morais que orientam a distribuição inicial, preferindo ater-se com mais desenvoltura ao preceito subsequente da troca voluntária, descrito anteriormente, muito embora sejam esses princípios que legitimam o caráter moral de uma situação na sua dinâmica. Sen (1993, p. 526), por exemplo, ao tecer uma

⁶¹ Sandel (2011, p. 83 e ss.), para atualizar o exemplo de Nozick, menciona, de fato, o nome de Michael Jordan que, em uma só temporada pelo Chicago Bulls, recebeu US\$ 31 milhões, quantia muito superior aos US\$ 250 mil que, pelos cálculos, seriam recebidos por Wilt Chamberlain.

crítica geral às teorias que objetivam equidade *ex ante*, alega que a fome pode se produzir – e então provocar situações pavorosas – mesmo sem violar direitos libertários de ninguém e sem que a economia se afaste do mecanismo de livre mercado⁶².

1.2.5 Filosofias Políticas Alternativas

Em geral, pode-se considerar que todas as abordagens liberais de igualdade de oportunidades desenvolvem a idéia de equalização de meios de realização: dar oportunidades iguais a homens e mulheres, negros e brancos, heterossexuais ou não, seria oferecer os mesmos meios ou recursos a serem realizados na sociedade. As correntes liberais opõem-se sobre a concepção desses meios, bem como das realizações. Eis porque coexistem, no cerne das correntes liberais, abordagens tão diferentes quanto as de Hayek e a de Rawls. Mas todas essas correntes concordam em afirmar que a igualdade consiste em promover a equalização dos meios de realização. É precisamente sobre esse ponto que as filosofias políticas alternativas aos liberalismos vêm sedimentar as suas críticas e propostas.

1.2.5.1 Amartya Sen: Capacidades e Funcionamentos

A teoria de Sen pode ser vista como uma crítica às abordagens liberais de justiça. Por um lado, contrapõe-se à corrente utilitarista por julgá-la reducionista, quer em sua percepção sobre as motivações das pessoas quer em sua própria concepção da utilidade. Por outro, tece críticas a Rawls e Dworkin por terem-se mostrado insensíveis às distintas capacidades dos indivíduos para transformar os bens primários em funcionamentos⁶³, dedução lógica da dificuldade em se aceitar que as pessoas obtêm os mesmos resultados caso se lhes ofereçam os mesmos recursos⁶⁴ (SEN, 2008, p.74-76).

⁶² O exemplo de Sen expõe a fragilidade da argumentação filosófica abstrata da posição libertarista, que não leva em consideração a história ou a realidade social, a despeito de Nozick, hipoteticamente, defender **direitos históricos** de justiça. Sobre a questão, *vide* (MORRISON, 2006, p. 483-484).

⁶³ Pode-se remontar o fundamento filosófico da abordagem de Sen às obras de Aristóteles, nas quais há uma análise da felicidade a constituir a finalidade da ação humana. No capítulo 7 do Livro I de **Ética a Nicômaco**, Aristóteles argumenta que se pode dizer mais claramente qual seria a natureza de um bom desempenho ou realização se lográmos definir qual a função ou atividade peculiar do homem, pois, diz ele, é nessa função que residiriam o bem e o bem feito. Depois de afastar a vida de simples nutrição e crescimento – comum aos viventes –, assim como a de percepção – comum a todos os animais –, Aristóteles (1984, p. 56) afirma ser a “a função do homem uma certa espécie de vida, e esta vida uma atividade ou ações de alma que implicam um princípio racional”.

⁶⁴ Considerando que os aspectos principais da crítica de Sen ao utilitarismo já foram desenvolvidos na seção 3.2, dedicada exatamente às contribuições da corrente utilitarista, neste momento se apresentam, mais

Com efeito, Sen observa que se as pessoas fossem basicamente bem semelhantes entre si, uma lista de bens primários poderia ser uma forma satisfatória de se apurar vantagem. Todavia, as pessoas, de fato, têm necessidades muito diferentes, que variam conforme o estado de saúde, a longevidade, as condições climáticas, o lugar onde residem, as condições de trabalho, o temperamento e até mesmo o tamanho do corpo, neste caso a afetar as exigências alimentares e de vestuário. Disso decorre que há um certo elemento de fetichismo no arcabouço teórico de Rawls, por considerar os bens primários como a materialização da vantagem, em vez de tomar a vantagem como uma relação entre pessoas e bens, ou melhor, a teoria rawlsiana deveria convergir sua preocupação não tanto para os bens que as pessoas têm, mas para as suas capacidades de agir (SEN, 1980, p. 215-216).

Sen considera que para valorar a qualidade de vida dos habitantes de uma região não basta apurar a sua renda *per capita*, mas que se haveria de conhecer como estão capacitados para conduzir suas vidas. Para tanto, propõe que devamos nos preocupar com as expectativas vitais dessas pessoas, ou de outro modo, com aquilo que sejam capazes de **ser** e de **fazer** com os recursos à sua disposição, consideradas também suas outras circunstâncias (MENDES, 2008, p. 13-16).

Partindo da ideia de que a realização ou a vida de uma pessoa pode ser expressa por um vetor ou conjunto de **funcionamentos** inter-relacionados, consistentes em **estados** e **ações**, Sen enfatiza, primeiramente, a expressão da liberdade de acesso aos distintos modos de funcionamento, autênticos componentes objetivos do bem-estar, desde os mais elementares – como estar bem alimentado, ser saudável, livrar-se de doenças evitáveis e da morte prematura – aos mais complexos – ser feliz, permanecer digno aos seus próprios olhos, adquirir treinamento e educação para participar na vida da comunidade etc. Secundariamente é que faz referência aos recursos, às rendas, aos bens e aos serviços consumidos, em razão de serem apenas meios para se expandir essa liberdade, e não fins em si mesmos (SEN, 2008, p. 79-82).

O arcabouço teórico de Sen identifica, assim, três campos bem definidos: (i) o espaço das dotações, ou seja, o conjunto de recursos ou de meios de produção que uma pessoa detém, tais como a força de trabalho, terras, ferramentas, bens e dinheiro; (ii) o espaço de cestas de bens e serviços acessíveis a cada pessoa, compatíveis com os recursos em seu poder;

pronunciadamente, os pontos de contato da abordagem teórica de Sen com a de Rawls, ambas preocupadas em buscar um critério objetivo de bem-estar.

e (iii) o espaço dos modos de funcionamento, representado pelo conjunto de realizações efetivas das pessoas, de que são exemplo o nível de educação, o estado de saúde, a participação política e associativa etc.⁶⁵ (SEN, 1985, p. 11-14).

Mais que os próprios espaços, enfocam-se as condições de transição de um espaço para outro. Para tanto, concebe duas funções capazes de levar uma pessoa de um espaço a outro: uma função que representa a pauta de direitos de acesso – baseada na troca e/ou na produção –, a permutar um vetor de recursos (i) em um vetor de bens e serviços (ii), assim como uma função, dependente das características de cada pessoa, a transformar esse vetor de bens e serviços em um vetor de modos de funcionamento (iii) (SEN, 1985, p. 26-27).

O bem-estar de uma pessoa, no restrito sentido da qualidade de vida, depende de sua capacidade em atingir esses funcionamentos fundamentais. O recurso a essa hipótese de funcionamentos permite considerar a situação final alcançada pelo indivíduo sem preocupações quanto às utilidades por ele realmente adquiridas, as quais, como as críticas às teorias welfaristas sublinham, não são facilmente empregáveis nos juízos éticos de uma determinada situação.

A comparação interpessoal do bem-estar depende do conjunto das combinações possíveis de funcionamentos atingíveis. Cada combinação de funcionamentos atingíveis é designada por **capacidade**⁶⁶, e o conjunto dessas combinações, atinente a cada indivíduo, corresponde à gama de modos de vida que ele pode escolher levando em conta os seus talentos, o seu acesso efetivo aos bens e a suas capacidades de utilização desses bens.

O **princípio de justiça** defendido por Sen não é a equalização estrita dos funcionamentos tomados individualmente, mas a **igualdade das capacidades básicas** (SEN, 1980, p. 218). Com isso, abre-se espaço à liberdade individual na definição da escolha de vida: é o indivíduo que determina quais os funcionamentos importantes para si mesmo, sendo

⁶⁵ Os Apêndices A e B, do livro **Pobreza e Fomes**, de 1981, apresentam a modelagem proposta por Sen em sua formulação inicial, posteriormente desenvolvida para atingir escopos mais amplos (SEN, 1999a, p. 233-261).

⁶⁶ O conceito de capacidade para Sen não se limita ao significado ordinário do termo, como quando se afirma que uma pessoa é capaz de fazer algo, porque nesse sentido capacidade não implica oportunidade de vir a fazê-lo de fato (SEN, 2008, p. 234). Sobre tal questão, Richard J. Arneson (2002, p. 93) oferece o seguinte exemplo: estou formalmente livre para visitar Paris se ninguém ou nenhum dispositivo legal impedem-me de deslocar até lá. Assim interpretada, a liberdade formal é plenamente compatível com a minha incapacidade de ir até Paris, porque me falta dinheiro para pagar uma passagem de avião ou mesmo por não dispor de força suficiente para vencer o oceano Atlântico a nado. Daí porque a liberdade que conta, segundo Sen, é a substantiva: ter a capacidade para ir até lá e, caso assim o escolha, ir a Paris de fato.

responsável, portanto, por essa escolha⁶⁷. Mesmo que não maximize o seu bem-estar individual, deixando de escolher o que se poderia definir como o melhor vetor disponível de funcionamentos, seja por erro, por ignorância ou por falta de racionalidade, nenhuma compensação lhe será revertida.

Poder-se-ia objetar, contra Sen, que em sua teoria nada incita os indivíduos a fazerem esforços para melhorar as suas capacidades de transformação e/ou desenvolver os seus talentos. Tome-se o exemplo do funcionamento de poder deslocar-se: dois indivíduos A e B são cegos congênitos, o que os impede de deslocarem-se sem a ajuda de uma bengala ou de um cão especializado. O indivíduo A aceita servir-se de uma bengala, e assim tem êxito em deslocar-se, enquanto o indivíduo B recusa-se a utilizá-la por falta de confiança. Sen, propondo igualar as capacidades, sugeriria fornecer um cão especializado a B e não a A, o que pode ser contestado alegando-se que as deficiências são idênticas e que B se recusa a fazer o mesmo esforço empreendido por A⁶⁸.

Richard J. Arneson (1989, p. 86) estende essa crítica a toda abordagem da igualdade no domínio da escolha, julgando que os resultados hipoteticamente alcançáveis somente são admissíveis sob certas hipóteses: os indivíduos devem estar notoriamente conscientes da existência de um conjunto de escolhas possíveis, serem capazes de escolher razoavelmente entre essas opções, e expressarem uma força de caráter suficiente para levar a efeito a empresa que tal escolha implica.

Outra crítica frequentemente endereçada à abordagem das capacidades diz respeito às razões pelas quais Sen opta pela capacidade de escolher entre diferentes realizações, ao invés de prestar atenção à efetiva realização de funcionamentos⁶⁹, haja vista

⁶⁷ Sen distingue conceitualmente a **liberdade de condição de agente**, associada à realização de objetivos e valores que uma pessoa tem razão para buscar, estejam eles conectados ou não ao seu próprio bem-estar, e a **liberdade de bem-estar**, com que se realizam as coisas que são diretamente constitutivas de seu bem-estar e que melhor refletem o **conjunto capacitário** de um indivíduo (SEN, 2008, p. 103-104).

⁶⁸ Infere-se facilmente que a proposta de Sen, a considerar a heterogeneidade das necessidades dos indivíduos, cada qual com uma pluralidade de motivações, implicaria desigualdade fundamental de resultados. Assim, no domínio do desafio de conciliação de justiça social com liberdade individual, Sen deriva da igualdade de resultados para a igualdade de condições.

⁶⁹ Richard J. Arneson (2002, p. 93-94), por exemplo, censura Sen com argumentos similares aos da crítica por este oferecida a Rawls: por que se deveria entender como satisfeita a regra de igualdade se o foco de Sen repousa nas capacidades e não nos funcionamentos relevantes? Suponha-se que um grupo de pessoas esteja capacitado a atingir um rol de funcionamentos de significativo valor, cujo alcance constituisse uma vida maravilhosa para a maioria. Se elas derem as costas para tais funcionamentos, o nível de funcionamento atingido resultará nulo. Dessa forma, do mesmo modo como Sen contesta o foco de valoração sobre os

“[...] a vida consiste no que realmente acontece, não no que poderia ter acontecido se as pessoas envolvidas tivessem diferentes inclinações” (SEN, 2011, p. 269).

Sen rejeita essa acusação e sustenta que sua escolha instaura um novo espaço para debate, não somente quanto à responsabilidade, como também no que concerne à concepção de vida boa das pessoas, uma vez que essa concepção vai interferir na adequada ponderação que cada um atribui aos diferentes funcionamentos. A preferência pela igualdade de capacidades básicas à igualdade de bens primários ou mesmo de resultados, contra-argumenta Sen, é que aquela representa um grau mais próximo em direção a liberdade de escolha que propugna. Diferentemente do conceito rawlsiano, o objetivo das capacidades básicas não se detém no próprio bem, mas na função: a distribuição não se esgota se não existe a certeza de que o indivíduo possui os elementos básicos para escolher e construir o seu próprio destino.

Sen reconhece que o seu conceito de capacidade necessita de alguma precisão sobre os funcionamentos que a sociedade considera básicos. Ainda assim, não se preocupa que seu critério de capacidade forneça ordenações incompletas, bastando-lhe mesmo uma ordem de classificação parcial: “[...] as concepções de bem-estar e desigualdade podem ter suficiente ambiguidade e confusão para tornar um erro procurar por uma ordenação completa de cada uma” (SEN, 2008, p. 89).

Supondo viável a definição de uma lista de funcionamentos básicos, Sen sugere que se atribua tal tarefa aos próprios indivíduos – e não, por exemplo, a autoridades governamentais –, que estabeleceriam suas classificações individuais, ainda que parciais, a partir das quais seria possível extrair, num exercício avaliativo aberto e democrático, um consenso sobre a definição e valoração dos funcionamentos relevantes (SEN, 2000, p. 99)⁷⁰.

No contexto das desigualdades e injustiças que atravessam barreiras de classe, sexo e outras divisões sociais, o teórico indiano julga que a perspectiva da capacidade é mais sensível aos problemas de privação enraizada do que as abordagens centradas na utilidade.

recursos econômicos como sendo fetichista, considerar a liberdade substantiva como intrinsecamente valiosa expressaria, de algum modo, um certo fetichismo.

⁷⁰ Nota-se que esse princípio de justiça difere dos outros apresentados anteriormente, uma vez que implica a busca de uma igualdade de oportunidades de bem-estar mínima objetiva, sem referir-se estritamente nem à igualação da situação inicial, como no princípio de igualdade de recursos – que não considera a situação final alcançável –, nem à igualação da situação final – que deixa pouco espaço à responsabilidade.

Dialogando amplamente com as teses de Marx sobre a luta de classes nas sociedades capitalistas, Sen reconhece a relevância da diversidade de classe, propriedade e ocupação para explicar as desigualdades de renda entre classes e individuais. Mas objeta que a despeito da possível existência de correlação de raça e cor com classe, a privação associada com ser negro, por exemplo, a ela não se limita, pois o modo como uma pessoa é vista numa sociedade com disparidade racial pode derivar de suas características raciais visíveis, dando ensejo ao surgimento de barreiras ao alcance de funcionamentos em diversas circunstâncias (SEN, 2008, p. 189-190).

De modo similar, embora os níveis salariais e de remuneração diferenciais constituam uma parte importante da desigualdade relativa ao gênero na maioria das sociedades, há muitas outras esferas de benefícios diferenciais – por exemplo, na divisão do trabalho dentro da família, na extensão da assistência ou educação recebidas, nas liberdades permitidas aos diferentes membros etc. – que, de algum modo, guardam conexão com a desigualdade entre homens e mulheres na taxa de conversão de bens primários em capacidades. É possível, ademais, que tanto as características biológicas quanto os fatores sociais relativos à gravidez, os cuidados dos recém-nascidos, a distribuição convencional dos papéis na família etc., ponham as mulheres em desvantagem, ainda que, eventualmente, detenham o mesmo conjunto de bens primários que o dos homens (SEN, 2008, p. 58-59; 190-191).

Nesse sentido, o tratamento de Sen resulta muito interessante para os problemas de raça e gênero – e, mais amplamente, também para as questões envolvendo a pobreza⁷¹ –, por não centrar-se meramente na posse de bens primários, mas em liberdades reais para se levar a cabo modos de vida que homens e mulheres, negros e brancos, geralmente experimentam de formas tão diferentes.

1.2.5.2 O Marxismo

Segundo Kymlicka (2006, p. 204), há no pensamento socialista, substancialmente, duas correntes importantes a tratar da ideia de justiça, ambas facilmente

⁷¹ Afinal, Sen entende a pobreza menos como a ocorrência de baixas rendas do que como insuficiência nas capacidades básicas.

encontráveis em escritos marxistas recentes⁷². A primeira corrente opõe-se à própria ideia de justiça, por se tratar de uma simples virtude remediadora de certa falha na vida social, superável pela instauração da sociedade comunista. A segunda corrente compartilha a ênfase que o liberalismo atribui à justiça, embora rejeite a crença liberal de que a justiça seja compatível com a posse privada dos meios de produção. Ocorre, aqui, uma divisão entre a tendência kantiana, crítica em relação à propriedade privada com base na exploração, e a tendência perfeccionista, pautada pela busca da desalienação.

De fato, segundo Allen Wood (1989, p. 321-322), o melhor que se poderia fazer para ser fiel ao legado de Marx, por paradoxal que seja, é considerá-lo um opositor ao ideal de igualdade – tido por essencialmente burguês e sem espaço na declaração de demandas e objetivos da classe trabalhadora –, ainda que ele tenha sido, do mesmo modo, um opositor de todas as formas de privilégio social e de opressão. Em seus escritos não se encontram críticas específicas aos objetivos de alcançar a igualdade na condição social das pessoas, a riqueza ou o bem-estar. Wood pensa ser possível demonstrar, por isso mesmo, que Marx não fundamenta sua própria concepção do que seria uma sociedade sem classes em termos da igualdade como objetivo.

Seja como for, a acolher os argumentos de Will Kymlicka (2006, p. 206), Marx não rejeitava a visão de que a comunidade deveria tratar os seus membros como iguais, mas apenas negava que a comunidade devesse fazer isso lançando mão de uma teoria da igualdade jurídica. Como corolário, a teoria da justiça de Marx é essencialmente uma crítica do direito enquanto direito à igualdade jurídica, sendo possível alinhar duas linhas de raciocínio daí derivadas.

A primeira delas consiste em afirmar que direitos iguais têm efeitos desiguais pelo fato de que especificam apenas um número limitado de pontos de vista moralmente relevantes. Assim, enquanto numerosos socialistas de sua época viam no princípio de contribuição – a saber, a tese segundo a qual os trabalhadores têm direito ao produto do seu

⁷² Observa-se que Kymlicka emprega o vocábulo **marxistas** de modo indiferenciado, querendo com isso retratar tanto as ideias originárias de Marx – evidenciadas pelos excertos que retira de escritos de Marx –, quanto outras tantas de seus seguidores. Logo, a distinção, comumente empregada nas ciências sociais, entre os adjetivos **marxiano** – para denotar ideias que, seguramente, podem ser atribuídas ao próprio Marx – e **marxista** – para aquelas ideias que, partindo de alguém, acadêmico ou partidário político, buscam persuadir terceiros de que os temas em debate estão de acordo com o legado político ou intelectual de Marx. Sobre esse ponto, *vide* (THOMAS, 1999, p. 25-26).

trabalho – um argumento importante em prol do socialismo, Marx sustentava que ele é agravado por numerosos defeitos, por ser um direito desigual para um trabalho desigual, além de reduzir as pessoas a simples trabalhadores.

A respeito, Marx (1966b, p. 241-242) observa que o direito dos trabalhadores seria proporcional ao fornecimento de trabalho, a igualdade consistindo na mensuração desse trabalho por uma mesma escala. Como os trabalhadores fornecem mais ou menos trabalho no mesmo período de tempo ou podem trabalhar durante mais tempo, o trabalho, para servir de medida, haveria de ser definido por sua extensão ou intensidade. Por conseguinte, a igualdade somente se estabeleceria se houvesse direito desigual para trabalho desigual. Logo, trata-se de um direito da desigualdade, como todo o direito. Marx conclui, então, que até mesmo para caracterizar alguns indivíduos como desiguais há de se partir de uma escala igual, e essa escala, postula ele, há de ser apenas o fato de serem trabalhadores, abstraindo-se tudo mais.

Bem mais relevante, a segunda crítica consiste em afirmar que os direitos iguais focalizam-se exclusivamente sobre a distribuição antes que sobre a questão mais fundamental do modo de produção. Os marxistas pensam que a justiça, longe de ser a primeira virtude das instituições sociais, é algo que uma sociedade boa pode realmente prescindir. A ideia de justiça é relevante apenas quando se está sob as **circunstâncias da justiça**⁷³ (KYMLICKA, 2006, p. 209). Em uma sociedade comunista avançada, afirmava Marx, a ideia de justiça na distribuição perde seu sentido, uma vez que o trabalho não seria mais considerado como um meio de vida, mas como necessidade vital, o cerne da satisfação das pessoas, permitindo que essa mesma sociedade possa inscrever em sua bandeira: “[...] de cada um segundo sua capacidade e a cada um segundo suas necessidades!” (MARX, 1966b, p. 242).

O meio privilegiado para viabilizar uma sociedade que, aos olhos de Marx, fosse justa seria a abolição da propriedade privada dos meios de produção e a sua socialização, único instrumento possível para a equalização dos recursos. Notoriamente, a socialização dos meios de produção aboliria a relação salarial, que é por natureza uma forma

⁷³ Referem-se às circunstâncias que geram conflitos somente solucionáveis pelos princípios de justiça, classificáveis sinteticamente em dois tipos: objetivos conflitantes e recursos materiais limitados. Discordância quanto aos objetivos das pessoas e ocorrência de recursos escassos são condicionantes que levam a reivindicações conflitantes. Por outra via, menores discordâncias entre esses objetivos e recursos não limitados tornariam dispensável uma teoria de igualdade jurídica (KYMLICKA, 2006, p. 209).

de exploração – pela extração da mais-valia – e de alienação – em face da perda de controle da força de trabalho e do produto.

Tornam-se evidentes as diferenças, de ordem metodológica, entre o marxismo clássico e a teoria liberal, seja utilitarista seja rawlsiana, tendo em vista que fundamenta a sua análise ao redor do conceito de **classes sociais** e não de **ações individuais**. Distintamente da teoria liberal, a qual supõe que os indivíduos são livres para deliberar sobre a sua participação no contrato social, buscando os benefícios mútuos das trocas voluntárias, a teoria marxista sublinha a vantagem relativa de quem detém a propriedade e o controle da riqueza produtiva na fixação das regras do jogo, com relação à distribuição do excedente econômico e ao conteúdo e à forma das instituições básicas da sociedade.

A teoria do valor-trabalho, em que se baseia a teoria marxista da exploração, foi fortemente criticada por suas deficiências analíticas no tratamento de problemas de agregação, quando há diferentes tipos de mão de obra qualificada e não qualificada, assim como pela negação do papel do empresário e de outros fatores, distintos do trabalho, como fontes de valor na produção.

A teoria marxista já foi também criticada por passar ao largo das lutas das mulheres, não apenas oprimidas pela relação salarial de exploração, senão também, em distintos tempos e lugares, pela proibição ou mesmo restrição do acesso ao emprego. Will Kymlicka (2006, p. 225-226) menciona, então, a existência de uma injustiça mais profunda subjacente à exploração, a saber, o desigual acesso aos meios de produção a que estão expostos os desempregados, as mulheres não emancipadas e os trabalhadores assalariados. A exploração dos trabalhadores pelos capitalistas configura apenas uma das formas de que se reveste essa desigualdade distributiva de recursos. A subordinação das mulheres e dos desempregados seria uma outra forma e, a julgar pela luta das pessoas para conseguir emprego assalariado, esta pode ser ainda mais danosa:

Para aqueles que não têm acesso à propriedade, ser forçado a vender o próprio trabalho pode ser melhor do que ser forçado a não vendê-lo (mulheres), do que ser incapaz de fazê-lo (desempregados), do que levar uma existência marginal recorrendo ao crime, ou à mendicância, ou do que viver de qualquer terra que reste como propriedade comum (o “lumpenproletariat” de Marx) (KYMICKA, 2006, p. 226).

Observe-se que esse comentário de Kymlicka é caudatário já da contribuição teórica de Gerald Cohen – de quem foi aluno em Oxford, na Inglaterra – e de John Roemer, a quem já se fez menção nos inícios desta seção –, dois dos mais notáveis **marxistas**

analíticos⁷⁴, juntamente com Jon Elster, Allen Wood, Erik Olin Wright, Philippe van Parijs e outros. É este último que veio a especificar, de modo mais consistente, os traços distintivos dos estudos dos marxistas analíticos⁷⁵ (GARGARELLA, 2008, p. 107): (i) compromisso com as normas científicas convencionais, a enfatizar o valor da investigação empírica, submetendo seus argumentos a uma crítica e revisão permanentes; (ii) preocupação com a definição de conceitos e com a preservação da coerência lógica das diferentes análises levadas a efeito; (iii) uso de modelos abstratos, alguns dos quais altamente formais, como os que se fundamentam na teoria dos jogos, e outros nem tanto, como os modelos causais; e (iv) importância atribuída às ações intencionais dos indivíduos⁷⁶, quer nas teorias explicativas quer nas normativas.

Na esteira das reformulações dos marxistas analíticos encontra-se exatamente a relação entre marxismo e justiça, haja vista que se tornou patente, aos olhos de seus teóricos que a classe operária já não se identificava com a dos necessitados dentro da sociedade, considerando a existência de grupos totalmente à margem da estrutura produtiva que, do mesmo modo, precisavam urgentemente de ajuda.

Gargarella (2008, p. 113-115) observa que um dos pontos tangenciadores possíveis entre a precária teoria da justiça de Marx e o liberalismo igualitário é a noção de **autorrealização**, seja por estar ancorada no corpo teórico do marxismo seja por ser uma ideia que estimulou a realização de estudos em outras correntes. Em **A Ideologia Alemã**, Marx (1966a, p. 236-237) faz referência àquilo que mais lhe parece se aproximar de um ideal da boa vida: uma pessoa dedica-se à caça pela manhã, pesca à tarde, recolhe o gado ao anoitecer e se transforma em crítico depois do jantar. Nota-se nessa metáfora a ideia de livre desenvolvimento de capacidades individuais, não tão distante das costumeiras reivindicações do liberalismo igualitário. Nesse sentido, marxistas analíticos e liberais igualitários estariam

⁷⁴ Trata-se de corrente de origem predominantemente anglosaxônica que “se dedicou a traduzir em uma linguagem científica moderna, desprovida de toda coloração metafísica ou messiânica, algumas das intuições socioeconômicas de Marx” (DELACAMPAGNE, 2001, p. 111).

⁷⁵ Apresentar de modo exaustivo o aporte teórico do marxismo analítico evidencia-se impraticável tendo em vista tanto a profusão de estudos e temas nele desenvolvidos, quanto o escopo menos amplo deste trabalho. Para maior aprofundamento sobre a corrente, *vide* artigos compilados em ROEMER, John. **El marxismo analítico** (comp.). Traducción de Rafael Núñez Zúñiga. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1989.

⁷⁶ Algumas análises, sobretudo nos estudos de John Roemer e de Jon Elster, incorporam ferramentas da **teoria da escolha racional**, de matiz notoriamente individualista, tal como, aliás, John Rawls (1997, p. 18 e 19, *passim*) o faz, explicitamente, em sua linha de argumentação em **Uma Teoria da Justiça**.

em trilhas diferentes, mas em busca de algo similar: uma sociedade que possibilite o desenvolvimento individual autônomo, libertando os agentes dos encargos das contingências ou das circunstâncias, tornando-os responsáveis por seu destino⁷⁷.

1.2.5.3 O Feminismo

Tendo como pressuposto a existência de desigualdades básicas concebidas quer como a dominação masculina ou patriarcado, quer como desigualdade de gênero ou os efeitos sociais da diferença sexual, o feminismo está associado à defesa de direitos iguais para homens e mulheres, sob o compromisso de melhorar a posição das mulheres na sociedade. Enquanto movimento social liga-se historicamente à teoria feminista que, em meados dos anos sessenta do século passado, logrou expandir-se, penetrando fortemente nos meandros acadêmicos dos países desenvolvidos, alcançando desse modo maior autonomia em suas formulações teóricas relativamente à militância (FERES JR.; POGREBINSCHI, p. 98).

Ainda que seja possível encontrar polêmicas feministas ao longo da história, a fundamentação teórica do feminismo está estreitamente relacionada com os valores modernos de igualdade política, cidadania e universalidade advindos da Ilustração, núcleo normativo ora bem aceito, ora parcialmente refutado, ora ainda descartado em sua totalidade, a depender da posição defendida pelos seus discursos e ações políticas, os quais, como se pode inferir, não são unívocos⁷⁸, mas plúrimos, avocando relações de aproximação e de afastamento com aportes teóricos tradicionais como o liberalismo, o marxismo e o libertarismo, bem assim com teorias situadas fora do eixo dominante da filosofia política anglossaxônica, como a psicanalítica e a pós-estrutural (KYMLICKA, 2006, p. 303).

Visto quer seria impraticável desenvolver aqui um panorama minucioso de cada uma dessas contribuições – o que, além disso, levaria a digressões fora do escopo e do tema desta pesquisa –, este tópico concentrar-se-á basicamente em três argumentos sobre os quais, na visão de Will Kymlicka (2006, p. 304), o feminismo mais se tem detido em seu contato

⁷⁷ Esse pressuposto de autonomia, de autorrealização e de assunção de responsabilidades faz parte indissociável do aporte metodológico do artigo **Igualdad de Oportunidades**, de John Roemer (1998), cuja síntese se apresenta no tópico **3.1 Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação** desta dissertação.

⁷⁸ Concebida em diferentes tradições éticas e políticas, a teoria feminista têm adotado estratégias tanto revolucionárias quanto reformistas. O movimento abarca, por isso mesmo, um amplo espectro de metas que vai desde a realização do sufrágio feminino, a igualdade de acesso à educação e o aumento no número de mulheres em cargos de elite na vida pública, até a legalização do aborto, o fim de circuncisão feminina e a abolição de códigos de vestimenta restritivos ou humilhantes (HEYWOOD, 2003, p. 240).

com a filosofia política dominante: (i) **a concepção neutra quanto ao gênero**⁷⁹ da discriminação sexual; (ii) **a distinção entre o público e o privado**; e (iii) **a própria ênfase na justiça** como decorrente de uma predisposição masculina, a ser substituída por uma ênfase no cuidado.

Kymlicka inicia sua exposição pela **concepção neutra da discriminação em razão de sexo**. Afirma ele que, até meados do século XX, a maioria dos teóricos homens aceitava a existência de fundamentos naturais para o confinamento das mulheres em família, onde os seus direitos civis e políticos resultaram limitados, por se considerar que eram pouco aptas a realizar tarefas fora do lar. Progressivamente esse pressuposto de inferioridade natural foi sendo abandonado, pela aceitação de que tanto homens quanto mulheres deveriam ser livres e iguais, capazes, portanto, de ingressar na esfera pública. Adotaram-se, então, estatutos antidiscriminatórios quanto ao acesso à educação, ao emprego, ao cargo público etc. Ainda assim não se tem logrado a igualdade sexual: a segregação laboral em ocupações com menores salários continua, assim como a violência doméstica e a agressão sexual (KYMICKA, 2006, p. 304-306).

A discriminação sexual implica a consideração arbitrária e irracional do gênero na concessão de benefícios ou posições. Uma das formas habituais é a que ocorre quando alguém se recusa a empregar uma mulher, ainda que o gênero não tenha nenhuma relação com a tarefa a ser executada, ou quando a remuneração da mulher é menor do que a de um homem, para o mesmo posto de trabalho, embora ambos possuam a mesma qualificação para o posto.

As leis contrárias a esse tipo de discriminação foram modeladas de acordo com os diplomas normativos associados à discriminação racial, com a pretensão de não se fazerem distinções entre raças e sexos. A sociedade seria então não discriminatória se a raça ou o gênero jamais entrassem como critérios para a concessão de benefícios em que não constituíssem fundamento relevante. Entretanto, a sociedade provê auxílio-maternidade,

⁷⁹ Tradicionalmente, as feministas têm desafiado a idéia de que biologia é destino, traçando uma nítida distinção entre **sexo** e **gênero**. Sexo, nesse sentido, refere-se a diferenças biológicas entre homens e mulheres, naturais e, portanto, inalteráveis, tais como as ligadas à reprodução. **Gênero**, por outro lado, é um termo cultural, referindo-se aos diferentes papéis que a sociedade atribui a homens e mulheres. Ideias patriarcais ocultam a distinção entre sexo e gênero ao presumirem que todas as distinções sociais entre homens e mulheres têm suas raízes na biologia ou na anatomia. As feministas, por sua vez, geralmente negam que haja uma ligação necessária ou lógica entre sexo e gênero, e enfatizam que as diferenças de gênero são socialmente, ou até mesmo politicamente, construídas (HEYWOOD, 2003, p. 247-248).

define esportes e banheiros sexualmente segregados etc., e nem por isso se considera que haja discriminação nesses casos, distintamente da situação em que, por exemplo, se estabeleçam banheiros racialmente segregados. Sob tal perspectiva, a **abordagem da diferença** aceita a existência de casos legítimos de tratamento diferencial a partir dos sexos.

Em muitos países ocidentais, a legislação sobre a igualdade dos sexos tem obtido êxito em garantir que as mulheres compitam, sob regras neutras quanto ao gênero, pelos mesmos postos oferecidos aos homens. Porém, não atenta para as desigualdades presentes na definição mesma dessas posições, uma vez que os papéis têm sido definidos pelos homens⁸⁰. Por conseguinte, igualdade e neutralidade não são exatamente a mesma coisa: a incompatibilidade entre a criação dos filhos e o trabalho remunerado, concebida pelos homens, acaba por gerar implicações desigualitárias para a mulher e, com isso, acentua-se a dependência econômica destas em relação aos seus maridos, pois a menor disponibilidade para o trabalho fora do lar resulta, quase sempre, em menores remunerações.

Nesse contexto, aquilo que parece neutro, no sentido de que as mulheres não são excluídas arbitrariamente, é sexista, porque se configura como construção dos homens. Daí a importância de um exame histórico de como se chegou a essa situação: a inferioridade das condições das mulheres não provém apenas do fato de que os chauvinistas favorecem, no mais das vezes, outros homens quando concedem empregos, mas em razão de a sociedade inteira favorecer sistematicamente os homens ao definir trabalhos, méritos etc. (KYMLICKA, 2006, p. 307-310).

Kymlicka argumenta que apesar de a abordagem diferenciada considerar a ausência de discriminação arbitrária como indício da ausência de desigualdade sexual, ela pode, de fato, ser indício de sua difusão: em razão de as mulheres serem dominadas, a discriminação contra elas se mostra dispensável. A discriminação arbitrária no emprego, além de ser desnecessária para a manutenção do privilégio masculino, tem ocorrência improvável, pois raramente as mulheres estarão expostas a sofrer esse tipo discriminação. “Quanto mais

⁸⁰ Assim é que, na maioria dos postos laborais, tem-se como pressuposto que o trabalhador não deve ser o guardião primário de crianças em idade pré-escolar. Outro exemplo se refere às regras de altura, peso e força como requisito de acesso a certos trabalhos, tais como os de polícia ou de bombeiro. Ainda que, nas aparências, tais regras sejam neutras quanto ao gênero, voltam-se preponderantemente aos homens, porquanto estes as exibem com mais frequência do que as mulheres. Nada impede, como sustentam as feministas, que os equipamentos de trabalho sejam redesenhados para pessoas mais leves, menores e menos fortes, de forma a expandir as suas possibilidades de acesso (KYMLICKA, 2006, p. 308-309 e 346-347).

desigualdade sexual há em uma sociedade, mais as instituições sociais refletem os interesses masculinos e menos discriminação arbitrária haverá” (KYMLICKA, 2006, 312).

Em uma sociedade que compartilha, de um modo ou de outro, algumas características desse modelo patriarcal, a subordinação das mulheres, mais que uma questão de diferenciação irracional com base no sexo, é uma controvérsia sobre a supremacia masculina, sob a qual as diferenças de gênero são tornadas relevantes para a distribuição de benefícios, em detrimento sistemático dos interesses das mulheres. Logo, trata-se de um problema de poder, de dominação que se traduz em formas de injustiça, não de discriminação arbitrária. A aceitação de uma potestade normativa da mulher implicaria, conseqüentemente, diversas mudanças, a começar pela definição de igualdade, que não requer apenas igual oportunidade de acesso a papéis em última instância definidos por homens, mas igual poder de homens e mulheres na definição e criação dos papéis sociais.

Algumas feministas sustentam que a luta contra a subordinação sexual exige o abandono da interpretação da justiça em termos de igualdade, alterando-a pela de autonomia, que se relaciona à ideia de igualdade moral. Trata-se de um conceito que atribui, na configuração da vida social, semelhante importância aos interesses e experiências de homens e mulheres. Não diz respeito, portanto, à igualdade assim como entendida pelos homens, mas à igualdade que defere valor semelhante aos indivíduos enquanto seres humanos.

Em relação à posição dos liberais no que diz respeito à injustiça dos papéis sexuais, os teóricos homens não se concentraram na abordagem da dominação, mas na abordagem diferenciada – pelo seu compromisso com a autonomia e a igualdade de oportunidades –, excluindo, porém, as tradicionais divisões de gênero. Tal disjunção, seguindo a lógica da construção da posição original de Rawls – embora este silencie sobre a interpretação que os contratantes fariam da igualdade sexual –, evidencia falha na aplicação de princípios, pois a eliminação das desigualdades imerecidas e a livre escolha de objetivos, por exemplo, são proposições desconsideradas, por aparente abstração, em favor do próprio interesse desses teóricos, avessos às teses de dominação (KYMLICKA, 2006, p. 313-316).

Na **segunda crítica feminista**, sobre a **distinção entre o público e o privado**, a justiça se refere à esfera pública, na qual homens adultos tratam com outros homens adultos de acordo com convenções acordadas mutuamente. As relações familiares, por outro lado, são privadas e regidas pelo instinto natural e compreensão. Supõe-se, implícita ou explicitamente,

que a unidade familiar tradicional seja a família encabeçada pelo homem, no seio da qual as mulheres se encarregam do trabalho doméstico não remunerado e da reprodução.

Kymlicka observa que a teoria da justiça rawlsiana pressupõe a família tradicional como uma instituição justa, trasladando o seu objeto de análise para as questões de renda familiar obtida pelos chefes de família. Ao proceder desse modo, deixa-se de apreciar o tema da justiça dentro da própria família, ainda que seja patente a injustiça representada, por exemplo, pela dupla jornada para as mulheres, confinadas a trabalhos de remuneração mais baixa e a tempo parcial, o que, de resto, as torna dependentes economicamente de seus esposos.

Situada fora do Estado e da sociedade civil, a vida doméstica não teve o necessário tratamento nas obras dos autores liberais, preocupados mais com a vida social e os seus meios de acesso do que, propriamente, em assegurar que a vida doméstica se organizasse segundo princípios de igualdade e de consenso. Beneficiados pela divisão sexual do trabalho doméstico, os homens não tinham interesse em questionar a forma da família tradicional, surgindo daí uma série de motivações, bastante duvidosas segundo as feministas, para a manutenção desse estado de coisas.

Sob o pressuposto da fixação biológica – e não cultural – dos papéis domésticos, afirma-se a inferioridade das mulheres ou incorre-se na ideologia da chamada **família sentimental**, a apregoar que o vínculo naturalmente surgido entre mãe e filhos é incompatível com os traços de caráter necessários para a vida social ou política. A exaltação de um domínio público de virtudes e de direitos varonis como o reino da independência, generalidade e razão desapaixonada levou à criação da esfera privada da família, lugar privilegiado onde as emoções, os sentimentos e as necessidades corporais passaram a ser confinadas.

As objeções feministas afirmam que aspectos relevantes da concepção liberal-democrática sobre a justiça privilegiam os homens. Assim, os liberais deveriam abandonar ou bem o seu compromisso com a igualdade sexual, ou bem sua distinção entre o público e o privado, uma vez que seria incoerente a aplicação dos valores liberais à vida privada, se esta não permite nenhuma intromissão (KYMLICKA, 2006, p. 317-329).

Começa-se pela advertência de que a maioria das descrições liberais define a esfera social considerando somente homens adultos e fisicamente capazes, sem levar em conta

o trabalho necessário para criá-los e nutri-los, trabalho que é realizado principal e regularmente pelas mulheres dentro da família. Ademais, resulta injusto supor que a mulher deva escolher entre casar e ter uma família ou seguir uma carreira laboral, opção com que os homens não se defrontam. Como os homens também se casam, Kymlicka então se pergunta por que o matrimônio deveria ter consequências tão diferentes e desiguais para homens e mulheres (KYMLICKA, 2006, p. 319 e 323-324).

Os teóricos homens, qualquer que seja o lugar que ocupem no espectro político, têm aceitado que o confinamento das mulheres na esfera doméstica se justifica por sua natureza particularista, emocional e introspectiva. Considerando que somente elas conhecem o amor e a amizade, tornam-se perigosas para a vida política, com tendências prováveis a sacrificar o interesse público, mais amplo, por algum laço pessoal ou uma preferência privada.

A ideia de um direito à privacidade, no liberalismo moderno, tem sido interpretada como se a perscrutação da esfera familiar constituísse uma violação, quando, segundo a crítica feminista, tal direito pertence predominantemente aos homens, deixados a sós para oprimirem as mulheres. “A distinção de público e privado tem reforçado a tendência de isentar as relações familiares do teste da justiça pública”. Não obstante, a ação do Estado pode ser necessária, na esfera doméstica, para proteger a privacidade e impedir o abuso (KYMLICKA, 2006, p. 333 e 337).

Kymlicka (2006, p. 338) deplora, por fim, o fato de a família ter sido simplesmente ignorada por inteiro pelas teorias dominantes da filosofia política, mais que, como se considera, relegada ao domínio privado. Afirma ele que os interesses das mulheres, nesse contexto, acabam por ser prejudicados, haja vista o conflito dos papéis dos gêneros associados à família tradicional, seja com os ideais públicos de iguais recursos e direitos, seja com a compreensão liberal dos valores e condições da vida privada.

O **terceiro argumento** feminista a afrontar aspectos importantes da filosofia política dominante trata das questões levantadas pela **ética do cuidado ou da solicitude**. Como se afirmou mais acima, o deslocamento tradicional da mulher ao espaço privado da vida doméstica tem sido justificado em termos de uma deficiência – e não, por exemplo, uma diferença – por parte das mulheres, a saber, de que são particularistas, emocionais, intuitivas e incapazes de raciocinarem e de atuarem por princípios, distintamente dos homens, racionais e imparciais, mais voltados às disposições da vida pública.

Uma consequência dessa distinção entre o público e o doméstico foi o desenvolvido de dois projetos morais diferentes. A justiça e os direitos têm estruturado as normas, valores e virtudes morais masculinos, enquanto que o cuidado e a receptividade têm definido as normas, valores e virtudes morais femininos.

As primeiras feministas refutam a existência desse contraste, pois veem nele o sustentáculo por meio do qual os homens têm justificado, historicamente, a manutenção e a legitimação das estruturas patriarcais. Segundo elas, a natureza emocional particularista das mulheres se devia a que lhes havia sido negada a oportunidade de desenvolverem plenamente outras capacidades e de assumirem responsabilidades públicas, pelo que passaram a se concentrar nas necessidades das pessoas ao seu redor.

Algumas feministas contemporâneas, por sua vez, negam que haja uma base empírica para a diferenciação entre uma moralidade feminina e outra masculina, tratando-se de um mito cultural. Porém outras argumentam que haveria de se considerar seriamente a moralidade diferente das mulheres, e vê-la como uma fonte de discernimento e de raciocínio moral, não como um mero sentimento intuitivo, tampouco como o resultado artificial das desigualdades sexuais.

Will Kymlicka passa então a descrever as conclusões de pesquisas sobre o tema, levadas a efeito pela psicóloga educacional norte-americana Carol Gilligan, segundo as quais há diferenças nas formas de raciocínio masculino e feminino sobre questões morais, sendo, portanto, falsa a suposição de inferioridade ou deficiência do raciocínio moral feminino: as mulheres não tendem a apelar a regras e a princípios formais e abstratos da mesma maneira como os homens o fazem, sendo mais provável que apelem ao conhecimento concreto e detalhado da situação, considerando-a em termos das relações que para ela concorrem (KYMLICKA, 2006, p. 339 e ss.).

Gilligan, analisando os distintos modos de desenvolvimento moral de mulheres e homens, advoga a tese de que a ética masculina se baseia na agressividade, na competitividade e no egoísmo, enquanto que a feminina se fundamenta nos afetos, na sensibilidade e no altruísmo. A ética do cuidado, tal como postula Gilligan, não parece resultar de uma predisposição natural ou condicionamento biológico da mulher, senão de um aprendizado moral das mulheres, relacionado com a posição que ocupam no contexto social, cultural, econômico e familiar, ou seja, a disposição para o cuidado, a responsabilidade e a

solidariedade não advém de uma natureza essencialmente feminina, sendo muito mais a resultante de um aprendizado social (AGUILERA, 2009, p. 66).

Diferentemente de muitas explicações psicológicas que lhe precederam, como a freudiana, a teorização de Gilligan não vê a configuração particular da moral feminina como a expressão de uma carência – afastada, portanto, a hipótese de menor valor de sua psique comparativamente à masculina –, tampouco como resultado necessário da opressão sexual e dos papéis culturalmente impostos. Pelo contrário, atribui a ela um valor positivo, uma postura e um comportamento que devem ser defendidos e desenvolvidos sob uma perspectiva ética a ser proposta para integração ou em substituição à ética masculina (FACCHI, 2005, p. 32).

Tais ideias são desenvolvidas, conseqüentemente, a partir da abordagem de duas éticas – a da justiça, a que recorrem com frequência os homens, e a do cuidado, mais manifesta nas mulheres –, cujas diferenças podem ser examinadas com enfoque em três categorias que lhes são constitutivas: (i) capacidades morais; (ii) raciocínio moral; e (iii) conceitos morais (KYMLICKA, 2006, p. 340-344).

Quanto às **capacidades morais**, para a ética do cuidado, mais que aprender princípios morais – tal como preconiza a ética da justiça –, há de se desenvolver disposições morais. Ou de outro modo: mais importante do que perguntar sobre os princípios corretos de justiça a adotar, seria prover as pessoas de capacidade para agir moralmente. Dessa forma, os teóricos da justiça deveriam se importar, principalmente, com o desenvolvimento das capacidades afetivas subjacentes ao senso de justiça das pessoas, derivado de uma disposição para o cuidado, aprendida na família.

Todavia, considerar, mesmo como pressuposto, que a família seja uma instituição justa, da forma como Rawls o adota, constitui fundamentação duvidosa, haja vista que não se pode estar seguro de que as crianças não estejam aprendendo noções de despotismo e de exploração, em lugar de igualdade e de reciprocidade. “Investigar a justiça da família é importante, portanto, não apenas como local da desigualdade sexual, mas também como uma escola para o senso de justiça de meninos e meninas” (KYMLICKA, 2006, p. 345).

No que diz respeito ao **raciocínio moral**, a resolução de problemas éticos deveria se pautar não tanto pela busca de princípios aplicáveis universalmente, senão pela adequação de suas respostas ao caso particular. Na ausência de princípios de nível mais

elevado, poderia haver indecisão na escolha da solução a ser aplicada à situação concreta, ainda que fôssemos capazes de perceber todas as exigências relevantes, muitas das quais conflitantes entre si. Apesar disso, muitas feministas admitem a serventia de diretrizes morais para a hierarquização das prioridades de cuidado nos casos em que as demandas sejam conflitantes. Ante essa perspectiva, a questão parece deslocar-se da necessidade ou não de princípios, para um novo enfoque a ser examinado a partir de **conceitos morais**: se eles deveriam atender aos direitos e à equidade ou às responsabilidades e às relações (KYMLICKA, 2006, p. 345 e 347).

O primeiro cotejo antepõe a universalidade e a imparcialidade ante o interesse, da ética da justiça, à preservação da rede de relações particulares, da ética do cuidado. Se a ética do cuidado não pretende ser excludente, há de incluir as relações com quem não se tem um vínculo direto. Assim, poderia ser capaz de assumir um compromisso com um princípio de universalidade conexo ao de um observador imparcial e benevolente. Se considerarmos também que o sistema da justiça se ocupa dos direitos das pessoas, e que esses direitos impõem responsabilidades sobre os demais, chega-se à conclusão de que a oposição entre ambas as éticas não é tão radical relações.

Em seguida, no embate entre o respeito à humanidade comum das pessoas, da ética da justiça, e o respeito ao indivíduo particular, com sua história e sua identidade concretas, da ética do cuidado, também não se verificam distinções radicais. O insulamento nas relações enraizadas historicamente poderia levar a ética do cuidado a excluir os demais necessitados, correndo então o risco de assumir uma natureza conservadora. Porém alguns teóricos do cuidado estendem essa trama de relações a toda a humanidade, não somente ao círculo mais próximo, comprometendo-se assim com sua dimensão mais generalizada.

Finalmente, o raciocínio com base na equidade concebe a preocupação pelos outros em termos de reivindicação de direitos, resultando em geral na não interferência, enquanto que no raciocínio com fundamento no cuidado há a preocupação pelos demais em termos de aceitação de responsabilidades, a impor uma atuação positiva em favor de seu bem-estar (KYMLICKA, 2006, p. 351-357).

A diferença entre as duas propostas éticas em destaque radica, então, muito mais naquilo que cada uma adota como fundamento das pretensões morais: enquanto a ética da justiça põe o acento na injustiça objetiva, a ética do cuidado sublinha a dor subjetiva, mais propriamente, aquilo que nos obriga moralmente. Caso se pondere a partir de considerações

de justiça, a responsabilidade de alguém estaria limitada pelas justas pretensões dos outros, além de que ninguém poderia esperar, legitimamente, que os demais venham a atender a todos os seus interesses, pois alguns são, exclusivamente, responsabilidade própria. Assim, a vinculação das obrigações morais às dores subjetivos levanta, num esforço de síntese, três objeções; (i) nega que sejamos agentes responsáveis por nós mesmos; (ii) pode desencadear estados opressivos se os danos subjetivos estiverem vinculados a expectativas injustas; e (iii) põe em perigo nossa autonomia (KYMICKA, 2006, p. 358-373).

Distintamente da ética do cuidado – que procura demarcar o limite da autonomia e da responsabilidade pelos demais em cada caso particular –, a ética da justiça preconiza a necessidade de sabermos, de antemão, os limites de nossa responsabilidade ante os outros, caso queiramos realizar planos em longo prazo, o que justifica a necessidade da adoção de critérios abstratos que fixem nossos direitos e obrigações, permitindo-nos a predição oportuna e o distanciamento conveniente do contexto para que possamos atingir uma autonomia significativa.

Ao final de sua exposição sobre as duas abordagens éticas, ora sumariada, Kymlicka sintetiza aquela que, sob a sua visão, seria a diferença fundamental entre ambas: a consideração de que temos de ser responsáveis por nossos próprios fins, o que representa autonomia à margem da responsabilidade dos outros. Porém, como somente os adultos são capazes para tanto, essa ideia implica a exclusão daqueles que necessitam do cuidado dos outros e dos que deles cuidam, o que parece convergir para a manutenção da diferença entre o social e o doméstico, dificultando, por extensão, a superação da desigualdade sexual.

Finda esta exposição sobre o enfoque filosófico-político do tema da igualdade e da justiça distributiva, apresenta-se, a seguir, um quadro-resumo (**Quadro 1**), que sintetiza os aspectos principais das correntes ou posições teóricas abordadas, especialmente os atinentes às suas concepções de justiça e orientações ou proposições de políticas.

Quadro 1 - Filosofias Políticas da Justiça para Igualdade e Não Discriminação

Corrente	Concepção de Justiça	Concepção de Discriminação ou Injustiça	Orientação às Políticas Públicas
Utilitarista (Bentham/Mill)	Igualdade formal de oportunidades de acesso ao bem-estar. Justiça social como a maximização da soma agregada das funções de utilidade individuais	Diferença na retribuição material em situações nas quais haja similaridade nas dotações ou vantagens concedidas	Quantificação e maximização da relação custo/benefício levando em consideração a sociedade como um todo
Igualitarismo Liberal Justiça como Equidade (Rawls)	Igualdade de oportunidades de acesso a bens sociais primários	Ponto de partida mais favorável a quem tem maior capacidade natural ou méritos a gerar desigualdades no acesso às posições sociais mais valorizadas ou procuradas	Nivelamento da sociedade por meio de um piso de bens primários acessível a todos
Igualitarismo Liberal Igualdade de Recursos (Dworkin)	Igualdade de oportunidades na aplicação dos recursos	Diferença nos rendimentos pelo mesmo esforço e infortúnio por circunstâncias fora de controle	Políticas de redistribuição pós-mercado por meio de um sistema de impostos
Libertária (Hayek - Friedman - Nozick)	Igualdade formal de oportunidades para participar na competição. Mercado como mecanismo mais justo para distribuir bens e recursos	Regulações que coagem o livre funcionamento do mercado	Estado mínimo. Trocas livres e voluntárias. Transparência de critérios. Publicidade das decisões
Capacitária (Amartya Sen)	Igualdade de capacidades como forma de ampliar as liberdades individuais	Fragilidade no grau de liberdade para escolher o modo de vida que mais se valoriza	Acesso a um rol de capacidades básicas para seleção e consecução de funcionamentos ou realizações
Marxista (Marx - Engels)	Sociedade sem lutas entre classes e com acesso equitativo a recursos e bens	Assimetria da exploração com a apropriação espúria da mais-valia pelos empresários	Supressão da propriedade privada dos meios de produção. A cada qual segundo suas capacidades e a cada um segundo suas necessidades
Feminista (Diversas Autoras)	Integração ou superação da ética da justiça com/pela ética do cuidado	Distinção entre o público e o doméstico a partir de concepções masculinas	Abolição da ordem patriarcal e de seu poder regulador. Igualização das relações de poder no âmbito doméstico e público

Fonte: Elaboração própria.

1.3 A Perspectiva Jurídica

A igualdade, enquanto direito fundamental, está na base do princípio republicano e da democracia, e tão amplo é o espectro de suas manifestações jurídicas que deter-se em enumerar todos os dispositivos legais que a veiculam resulta em ingrata tarefa, pelo intenso labor que demanda. Algumas dessas manifestações são criações mais ou menos recentes, enquanto outras aparecem desde os primeiros textos do constitucionalismo moderno. Entre essas formas, podem-se distinguir no texto da Constituição Federal de 1988 algumas que guardam relação, direta ou indireta, com o tema desta dissertação, tais como: (i) vedação de discriminações fundadas em preconceitos (art. 3º, IV); (ii) igualdade em sentido estrito, seja como valor seja como princípio (preâmbulo e art. 5º, *caput*); (iii) igualdade em direitos e obrigações do homem e da mulher (art. 5º, I); (iv) repúdio e proibição da prática do racismo (art. 4º, VIII e art. 5º, XLII); (v) proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX); (vi) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX); (vii) proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI); (viii) proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os respectivos profissionais (art. 7º, XXXII); e (ix) reserva de cargos e de empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII).

Restringindo-se tematicamente à incidência do princípio da igualdade, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 201-203) relembra que a ideia de **igualdade perante a lei** emergiu com força enquanto demanda das revoluções liberais, como a francesa de 1789, que tinham em mira não exatamente a igualdade das condições de fato – somente mais tarde pleiteada por outras revoluções, como a socialista de 1917 –, mas a de tratamento isonômico, assim como estampado no artigo 1º da **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 1789, no qual liberdade e igualdade jurídica aparecem amalgamadas: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

A igualdade jurídica assim concebida apresentava-se como fonte de direitos civis e políticos – sem quaisquer previsões que se assemelhassem aos atuais direitos sociais, econômicos ou culturais –, estando a serviço das práticas burguesas, à época da expansão e consolidação do Estado liberal, como garantia à disposição dos homens. Compreende-se, portanto, como o conceito genérico do termo **homens** não incorporava nem as pessoas de cor

nem as mulheres, a se evidenciar pela simples exclusão do direito ao voto ou pelo mecanismo de habilitação censitária (RUIZ-GÁLVEZ, 2003, p. 30-31).

Sob essa perspectiva, não é exatamente a igualdade que se acha perante a lei, mas os indivíduos, tidos ontologicamente como iguais, tendo em vista que seria um disparate conceber a igualdade dos indivíduos perante a lei como se pudesse ser traduzida na própria lei e no seu ato de criação⁸¹. Nesse contexto, o princípio da igualdade firma-se em sua **dimensão jurídico-formal**, de caráter negativo, reconduzindo, teleologicamente, à exigência de generalidade da lei e de sua aplicação uniforme, vistas como formas capazes de abolir privilégios de classe – muito embora, com o correr do tempo, se tenha percebido que, de fato, haja contribuído para a expansão das desigualdades econômicas⁸² (DRAY, 1999, p. 29).

A **igualdade perante a lei**, nos termos do artigo 5º, *caput*, da CF, confunde-se em certa medida – ainda que não apenas – com essa **isonomia formal**, tendo por seus destinatários, segundo José Afonso da Silva (2007, p. 215-216), tanto o legislador quanto os aplicadores da lei⁸³. Estes, ao interpretarem o dispositivo em questão, não devem compreendê-lo de modo assim tão estreito, mas aferi-lo em conjunto com outras normas constitucionais, especialmente em conexão com as exigências de justiça social, um dos objetivos da ordem econômica e social.

Há quem, como Alexandre de Moraes⁸⁴ (2005, p. 32) e Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 161-162), não restrinja a incidência do princípio da igualdade ao legislador e ao

⁸¹ Ao elencar, em conclusões finais, as possíveis formas de ofensa ao preceito constitucional da isonomia, Bandeira de Mello, em seu opúsculo **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, inicia exatamente pelas normas que singularizam “atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada” (MELLO, 2009, p. 47), configuração que atenta contra os preceitos de alcance geral e de aplicação uniforme da lei.

⁸² É que, tal como observa Norberto Bobbio (2000, p. 299), estipular a igualdade de todos os homens ou de todos os cidadãos de um Estado em relação à capacidade jurídica ou ao gozo de certas liberdades, ou ao gozo em pé de igualdade diante da lei, são princípios característicos de qualquer constituição liberal, não se pretendendo em absoluto dar vida a uma sociedade igualitária por esses meios.

⁸³ José Afonso da Silva (2007, p. 215-216) entende por desnecessária a distinção entre **igualdade na lei** e **igualdade perante a lei**, originária do direito estrangeiro, uma vez que no Brasil, tanto a doutrina como a jurisprudência já assentaram, “[...] a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão **igualdade na lei**”, ou seja, o de uma exigência direcionada quer aos criadores de normas jurídicas gerais quer aos que as aplicam aos casos concretos. Observe-se, ainda, que a **igualdade perante a lei**, no estrangeiro, limita-se tão somente à exigência feita aos aplicadores das normas jurídicas gerais aos casos concretos, em conformidade ao que elas estabelecem, ainda que delas resultem discriminações, o que, como se evidencia, ratificaria a presença de isonomia meramente formal.

⁸⁴ Moraes menciona, de fato, precedente do Supremo Tribunal Federal, mais precisamente: STF, Plenário, MI nº 58/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, DJ, Seção I, 19 abr. 1991, p. 4.580.

intérprete/autoridade pública, estendendo-a também aos particulares, por considerar que no direito moderno a igualdade, além de ser um princípio informador de todo o sistema jurídico, reveste-se da condição de autêntico direito subjetivo. Ali onde as consequências da liberdade excedem o âmbito pessoal para adentrar o âmbito social, razões de justiça impõem a preservação da dignidade das pessoas. A própria autonomia da vontade, reinante nos tratos entre particulares na vida civil, encontra seus limites quando um agente incorre em discriminações injustificadas ou diferenciações arbitrárias, pautadas pelo preconceito, imputando diferenciações que franqueariam à parte prejudicada o acesso aos tribunais.

Desse modo, negativas de relações empregatícias por empreendimentos privados, recusas de acesso a serviços de ensino, saúde, hospedagem, comércios e casas de diversão, ou outras condutas assemelhadas, caso fundadas em preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade etc., constituem discriminações ilícitas ao princípio da igualdade, expondo os infratores à responsabilização civil e penal, nos termos da legislação em vigor sobre a matéria.

A assim denominada isonomia formal diferencia-se da **isonomia de ordem material ou substantiva**, valor que orienta grande número dos direitos fundamentais de segunda geração, caudatários do Estado intervencionista que, perdurando ainda em muitos países do Ocidente, interfere na vida econômica e social para atenuar as desigualdades de fato, ao mesmo tempo que segue ao encalço da igualdade de oportunidades para todos. É por intermédio desses consagrados direitos sociais que o Estado busca cumprir muitas das metas que lhes foram atribuídas pelo legislador constituinte, a saber, a de construir uma sociedade livre, justa e solidária, pela via da erradicação da pobreza e da marginalização, assim como pela da redução das desigualdades sociais e regionais, buscando com isso a promoção do bem de todos, sem discriminações ou preconceitos espúrios (art. 3º, incisos I, III e IV, CF).

1.3.1 Discriminação: Conceito, Licitude e Ilicidade

Em sua definição preliminar, a levar em consideração as acepções adotadas pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ambas tendo o Brasil como signatário, Roger Raupp Rios formula o conceito constitucional de discriminação como sendo:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais

nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública (RIOS, 2008, p. 20).

Há de se observar, desde já, que nem toda discriminação denota incompatibilidade com os preceitos do constitucionalismo contemporâneo, tendo em vista que, muitas vezes, o estabelecimento de uma diferença ou distinção, em favor de pessoas ou coletividades estigmatizadas, faz-se necessário para restaurar a noção de tratamento isonômico, a convergir para as exigências do princípio da dignidade da pessoa humana (CRUZ, 2005, p. 15).

A **discriminação ilícita**⁸⁵, em oposição à forma **lícita** abordada no parágrafo anterior, revela-se por uma conduta humana, ativa ou omissiva, capaz de violar os direitos das pessoas com base em critérios não justificáveis e injustos, tais como a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa ou outros. A atribuição de qualificações negativas às pessoas que os atendam resulta, quase sempre, de preconceitos, isto é, opiniões preconcebidas ou senso comuns veiculados e assimilados pela cultura de um povo, sem maior ponderação e conhecimento dos fatos, gerando com isso sentimentos de aversão ou intolerância, além de subprodutos como o racismo e o sexismo. Em consequência, os grupos ou pessoas atingidos passam a ser considerados e julgados pelas demais pessoas, pela sociedade e quando não pelo próprio Estado com fundamento nesses estereótipos⁸⁶ (CRUZ, 2005, p. 29-30).

A proibição de discriminação, como já se disse, se revela como uma das manifestações que o princípio da igualdade adota nos modernos textos constitucionais, a limitar a possibilidade de tratamentos diferenciados não razoáveis entre as pessoas. O que seja, porém, um motivo razoável, suscetível de justificar um tratamento jurídico diferenciado, é algo que só perante determinada sociedade, num certo tempo e lugar, se poderá saber, haja vista que o princípio da igualdade, além de não ser neutro no momento em que impõe ou veda

⁸⁵ Adota-se aqui a notação terminológica de **discriminações lícitas e ilícitas**, de forma a evidenciar e circunscrever o problema ao domínio jurídico, muito embora se encontre com mais frequência na doutrina brasileira os termos **discriminações positivas e negativas**, os quais, claramente, possuem conotação mais ampla, extensível a outras áreas de pesquisa do fenômeno.

⁸⁶ E também bastante comum o emprego dos termos **discriminação positiva** e **discriminação negativa**, a significarem, respectivamente, o “tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no *mainstream*” (GOMES, 2001, p. 22), e a adoção de critérios desiguais em relação a sujeitos titulares dos mesmos direitos e obrigações, criando situações que lhes sejam desfavoráveis ou prejudiciais. Não obstante, há autores, como Luiz Marcelo Góis (2010, p. 130), que se insurgem contra o emprego do termo **discriminação positiva**, por nele não vislumbrarem o elemento subjetivo e intencional de discriminar, de impor tratamento desigual às pessoas de modo injustificado, ainda que reconheçam a existência do elemento objetivo caracterizador da discriminação.

um dado tratamento jurídico – porquanto está, em si mesmo, fundado num juízo de valor –, tampouco é neutro em seu desenvolvimento, uma vez que exige justificação com certos requisitos – nomeadamente de suficiência e de razoabilidade⁸⁷ – para esse mesmo tratamento jurídico (GARCIA, 2005, p. 17).

Irrazoáveis, não obstante, a depender do ordenamento jurídico concreto de que se trate, são os tratamentos que, no geral, reportam-se a: (i) situações nas quais as pessoas venham a ser encontrar independentemente de sua vontade e que, em consequência, são incapazes de modificar, cujos exemplos cingem-se à discriminação por razão de raça, lugar de nascimento, origem étnica ou nacional, sexo etc.; e (ii) posições assumidas voluntariamente que, porém, não lhes podem ser reprovadas mediante limitação no gozo, a todos facultado, de algum direito ou prerrogativa, tais como os atos discriminatórios por razão de preferência sexual, opinião, filiação política ou credo religioso (CARBONELL, 2003, p. 14).

Seguindo a orientação jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional da Alemanha, a doutrina nacional amplia o entendimento sobre a natureza defesa da discriminação: não apenas a vedação de tratamentos diferenciados capazes de resultar em situação jurídica pior, mais restritiva ou onerosa, mas também a adoção de critérios arbitrários, impróprios ou inadequados. Sob esse enfoque, são proibidas tanto as normas que, com base em critérios como raça, sexo ou outros, coloquem em desvantagem os indivíduos por elas alcançados, quanto as que deferem vantagens ou preferências incabíveis (FERREIRA FILHO, 2009, p. 203).

1.3.2 Discriminação Direta e Discriminação Indireta

Tanto no direito internacional quanto no brasileiro, é frequente a classificação tipológica da discriminação em direta e indireta, pretendendo-se com a primeira alcançar as práticas conscientes e intencionais – logo dotadas de propósito –, e com a segunda as “[...] realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da

⁸⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 204-206) disserta, mais amplamente, sobre três requisitos objetivos – **adequação**, **razoabilidade** e **proporcionalidade** –, como sendo capazes de outorgar legitimidade e justificação às diferenciações lícitas.

manutenção de medidas aparentemente neutras, mas efetivamente discriminatórias”⁸⁸ (RIOS, 2008, p. 21).

Ocorre a **discriminação direta** quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência – pouco importando se explícitas ou dissimuladas –, fundados em origem, raça, sexo, cor, idade ou outras formas de discriminação vedadas, objetivam anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais, em quaisquer domínios da vida pública, tais como o econômico, o social e o cultural (RIOS, 2008, p. 89).

O elemento distintivo da discriminação direta é a intencionalidade, evidenciada por um tratamento desigual ou menos favorável – passível de ocorrer tanto nos fins almejados pela adoção de medidas atos ou decisões, quanto nos meios empregados para se atingir algum outro resultado –, cuja motivação tenha por base algum critério de diferenciação juridicamente proibido e endereçado a um indivíduo ou grupo⁸⁹ (RIOS, 2008, p. 89).

Distintamente, a **discriminação indireta** engendra seus efeitos por meio de previsões, critérios ou práticas aparentemente neutros⁹⁰, mas que sejam suscetíveis de colocar em situação de desvantagem uma proporção substancial de membros que atendam aos aludidos critérios constitucionais desfechos de discriminação, descontados os casos em que tais previsões, critérios ou práticas se mostrem apropriados e necessários, além de justificáveis por fatores objetivos legítimos⁹¹ (RIOS, 2008, p. 118).

⁸⁸ Luiz Marcelo Góis (2010, p. 137) menciona um terceiro tipo de discriminação – a **discriminação oculta** –, cujo traço característico é o emprego, por parte do agente discriminador, de justificativa aparentemente neutra para a exclusão de direitos e liberdades, com o objetivo de camuflar ou escamotear o real motivo para a distinção realizada, o qual, em última instância, há de ser aferido diante dos fatos evidenciados por sua conduta. Como exemplo, tem-se o caso de um empregado que, por sua homossexualidade, é dispensado com fundamento em uma pretensa, embora não efetivamente existente, política de contenção de despesas da empresa onde trabalha. Nota-se, de plano, que as razões ocultas para a dispensa não descaracterizam, tal como na discriminação direta, a intencionalidade do agente.

⁸⁹ Apesar de raras no Brasil contemporâneo, as manifestações de discriminação direta ou intencional, motivadas por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, são tipificadas como crime pelas Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e 9.459, de 13 de maio de 1997. Outro diploma que a combate, no campo do provimento de cargos sujeitos a seleção, quer no setor privado quanto no público, é a Lei nº 5.473, de 10 de julho de 1968.

⁹⁰ A título de exemplo, Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 23) faz referência a práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas dotadas de potencial discriminatório, ainda que aparentemente neutras.

⁹¹ Essa definição de discriminação indireta segue, em suas linhas gerais, o padrão tornado uniforme pela Comunidade Europeia, por intermédio do artigo 2º, item 2, “b”, das Diretivas nºs 2000/43/CE e 2000/78/CE.

Originária dos Estados Unidos dos anos setenta do século passado, costuma-se empregar a **teoria do impacto desproporcional** como suporte à impugnação de medidas públicas ou privadas, aparentemente neutras quanto ao gênero ou raça, mas que detenham potencial para resultar em discriminação indireta contra **minorias vulneráveis**⁹². Consiste ela na ideia de que:

[...] toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas (GOMES, 2001, p. 24).

Ainda que essa teoria não apareça com frequência na jurisprudência constitucional brasileira, Daniel Sarmento observa que nossos tribunais vêm se mostrando cada vez mais abertos aos argumentos por ela formulados, acerca do real impacto de certas medidas sobre grupos estigmatizados, “[...] independentemente da comprovação de qualquer intenção discriminatória” (SARMENTO, 2006, p. 151).

1.3.3 *Discriminação no Trabalho*

Além dos fatores já inúmeras vezes mencionados de discriminação⁹³, como o gênero e a raça, o elenco das formas de manifestação nas relações de trabalho parece desafiar a taxionomia proposta pela Convenção nº 117, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual o Brasil é signatário. Em seu art. 1º, item 1, enunciam-se as modalidades mais frequentemente empregadas, nomeadamente: edição de legislação e convenções de trabalho que não ofereçam tratamento econômico equitativo aos trabalhadores; admissão aos empregos, tanto públicos quanto privados; condições de recrutamento e promoção;

⁹² O termo **minorias**, tal como aqui empregado, não representa necessariamente minorias numéricas, mas minorias sob o ponto de vista sociológico ou jurídico, no sentido de que, em razão de fatores como raça, idade, língua, origem étnica, cultura, religião, deficiência etc., não logram participar, de modo integral e em igualdade de condições, da vida em sociedade. Logo, mulheres e negros, incluídos os pardos entre estes últimos, constituem maiorias numéricas do contingente populacional brasileiro, mas minorias no sentido de que são estigmatizados, vulneráveis e, em geral, se encontram em condições de desvantagem.

⁹³ Não há de se confundir **critérios ou fatores de discriminação** – a exemplo do sexo, raça ou idade –, empregados para distinguir preconceituosamente indivíduos ou grupos, em função de suas características pessoais –, com as **formas pelas quais a discriminação se manifesta** ou se exterioriza para o mundo. Utilizando um dos exemplos oferecidos por Luiz Marcelo Góis (2010, p. 146-147), quando um empregador opta por pagar maior salário a um homem branco, em detrimento de um negro ou de uma mulher com as mesmas qualificações, o fator ou critério empregado é, conforme o caso, a raça ou o gênero, muito embora a forma como a discriminação se manifesta seja por intermédio de uma prática salarial injusta.

oportunidades de formação profissional; condições de trabalho; medidas relativas à higiene, à segurança e ao bem-estar; regras disciplinares; participação na negociação de acordos coletivos; e níveis de salário, os quais, segundo a orientação da referida Convenção, deverão ser fixados de conformidade com o princípio de retribuição idêntica por trabalho idêntico⁹⁴, no mesmo processo e na mesma empresa.

Tal elenco deriva, de algum modo, da classificação segundo o momento em que a discriminação se evidencia nas relações de trabalho: antes da assinatura do contrato de trabalho, consubstanciada em práticas escusas de recrutamento e seleção; no curso da relação empregatícia, por meio de óbices à ascensão, promoção e comissionamento, ou ainda por diferenciações salariais ilegítimas; e no momento de dispensa de trabalhadores⁹⁵.

Segundo a dimensão em que se manifesta, a discriminação pode incidir sobre um indivíduo ou sobre grupos com determinadas características, *e.g.*, gênero ou raça, quando então os mecanismos de defesa de direitos no judiciário trabalhista tornam-se mais complexos do que a mera instrução probatória pela via testemunhal, haja vista que quando de ordem coletiva, no mais das vezes, a discriminação não se revela de modo explícito, senão indireto ou oculto, sendo possível apenas apreciar os seus resultados danosos.

Podem-se deduzir, até mesmo intuitivamente, as razões pelas quais o empresariado reluta em contratar mulheres para os seus quadros, e tais razões são as mesmas que fundamentam as explicações de economistas de matiz libertarista⁹⁶, para quem a contratação de mulheres representa, a um só tempo, um custo adicional com menor benefício, ante o imperativo de contratar terceiros para substituí-las durante uma eventual gravidez, coisa que não ocorre com os homens⁹⁷. Isso explicaria o pagamento de menores salários para

⁹⁴ Conforme dispõe, aqui no Brasil, o art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); com semelhante teor, tem-se também o seu art. 461.

⁹⁵ Não é sem motivo que a Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, fez incluir o artigo 373-A na CLT, para vedar, especialmente quanto à proteção ao mercado de trabalho da mulher, a adoção de critérios subjetivos para seleção, contratação e promoção, ou mais extensivamente, fatores não relevantes para o desempenho das atividades objeto do contrato de trabalho.

⁹⁶ Steve Horwitz (2010, *passim*) interpreta os salários, em média mais baixos, pagos às mulheres como o resultado de suas escolhas, de que são exemplos a seleção da carreira e a criação dos filhos, a evidenciar preferências ou expectativas culturais sobre o trabalho feminino, levando-as, com frequência, a trabalhar em regime de tempo parcial.

⁹⁷ Richard Posner (2000, p. 321), um disseminador ativo da linha de pesquisa *Law & Economics*, observa que nem toda discriminação é ineficiente sob o ponto de vista econômico e todos os esforços que são feitos para impedi-la impõem um custo social acima dos custos dos próprios esforços. O autor exemplifica com a

o trabalho da mulher, como corolário da internalização desses custos à formação dos preços do trabalho, resultando em desvalorização da mão de obra feminina.

Outro fenômeno que ainda ocorre com frequência em economias menos desenvolvidas é o da segmentação ou segregação ocupacional, quer horizontal – representada pela alocação das mulheres em áreas como a pedagogia e o secretariado –, quer vertical – a se configurar pela predileção por homens para ocuparem cargos de maior responsabilidade ou de nível mais elevado nas hierarquias das empresas.

Com respeito à discriminação por motivo de raça, não é menos reprovável a adoção de práticas restritivas à contratação de pessoas com os elementos distintivos da espécie, pelo caráter odioso da afronta à dignidade humana, tanto mais que:

Não se exigindo uma fundamentação séria, racional e objetivamente justificável na escolha de um determinado trabalhador, não se pode admitir, no polo oposto, que a exclusão ou preferência seja feita com base em elementos que por si sós não retratam a individualidade de cada um enquanto potencial trabalhador por conta de outrem e que não tenham o mínimo de relação ou afinidade com a natureza da atividade em causa (DRAY, 1999, p. 274).

Considerando que os negros no Brasil há tempos sofrem injustiças tanto no campo da distribuição quanto no campo do reconhecimento⁹⁸, Daniel Sarmiento (2006, p. 141) preconiza a adoção de políticas públicas em duas frentes para corrigi-las: de um lado, pela ampliação do acesso dos negros ao mercado de trabalho, ao ensino superior e a outros bens socialmente valorizados; e por outro, pela promoção de seus direitos culturais e valorização de seus símbolos e heróis, de forma a combater as ações reforçadoras de estigmas e preconceitos enraizados na sociedade.

gravidez da mulher no mercado de trabalho: por um período de não efetivo exercício laboral, ela recebe tanto quanto como se estivesse em pleno trabalho, e isso, em vista do preço eficiente da mão-de-obra a ser pago pelo empregador, não faz mais sentido do que pagar a um trabalhador ausente por estar padecendo dos estragos de uma ressaca, pois nenhum benefício o empregador estará auferindo com ele. Esta argumentação, se válida como fundamento explicativo para o que ocorre no espaço econômico, obviamente é passível de contestação no sítio controverso de avaliação e normatividade da Ética, da Filosofia Política e do Direito.

⁹⁸ Sarmiento (2006, p. 140) faz aqui referência às ideias de Nancy Fraser (2006, p. 231-239), para quem os paradigmas de distribuição e reconhecimento permitem uma adequada compreensão das questões de justiça no mundo contemporâneo. Enquanto o primeiro tem natureza socioeconômica, derivando de uma divisão não equitativa dos recursos da sociedade, o segundo decorre de expressões culturais ou simbólicas, dizendo respeito ao modo como determinados grupos são vistos no contexto social, o que pode implicar abalos à auto-estima e ao bem-estar dos integrantes desses grupos.

Ponto nevrálgico da aplicação do direito antidiscriminatório nas relações laborais, especialmente no que pertine à formação de contratos individuais de trabalho, diz respeito à questão de o princípio da igualdade no acesso ao emprego ter ou não eficácia direta ou imediata, sendo comum encontrarem-se autores a defender que a “[...] autonomia privada deverá ceder, apenas, na medida em que a sua atuação ponha em risco a dignidade humana” (DRAY, 1999, p. 308).

Sob a ausência de lei que preveja solução própria para o caso de confronto de direitos fundamentais – aqui, o direito à igualdade e à não discriminação de que é titular o empregado, frente à liberdade ou autonomia privada e à propriedade do empregador –, a medida recomendável seria, de início, averiguar o grau de desigualdade entre as partes. A autonomia privada tanto mais deverá ser protegida, quanto mais estiverem as partes, em cada caso concreto, num mesmo patamar de igualdade, não sendo suficiente a verificação apriorística de uma desigualdade material entre elas (AFONSO DA SILVA, 2008, p. 164).

A igualdade, na medida em que inserida num sistema de valores em que a liberdade negocial e a dignidade da pessoa humana surgem como axiomas de semelhante relevo, passa então a ter como função o reconhecimento da mesma liberdade e dignidade para todos os envolvidos. Se de um lado, hipotética ação aviltante de um empregador à dignidade de uma pessoa que procura por trabalho seja passível fazer surgir, na esfera jurídica do trabalhador lesado, o direito à indenização a título de danos morais, por outro, não há como engendrar, na esfera jurídica da entidade empregadora, a obrigação positiva de contratar essa pessoa, mesmo que haja sido vítima de exclusão por razões juridicamente inadmissíveis, consubstanciadoras de violação ao princípio da igualdade e da não discriminação (DRAY, 1999, p. 320).

Dray (1999, p. 321) presume que a fraca ocorrência de litígios judiciais a envolver, especificamente, a aplicação do princípio da igualdade no acesso ao emprego tem a ver com as dificuldades de provar o ato discriminatório motivado por raça, gênero ou outro fundamento em nada relacionado com a atividade a desempenhar. Advoga ele a inversão do ônus probatório, atribuindo-se ao empregador a obrigação de provar que a exclusão perpetrada não tem por fundamento fatores juridicamente defesos, indicando os motivos legítimos que a justificam. Isso se deve ao fato de que é a entidade empregadora que melhor

está aparelhada para se desincumbir da tarefa de desvendar os liames objetivo e subjetivo de suas ações⁹⁹.

Nesse contexto, podem ser definidas presunções em favor de categorias de trabalhadores potencialmente mais vulneráveis, tal como ocorre no ordenamento jurídico norte-americano. Ao trabalhador que se sinta lesado atribui-se a tarefa de tão apenas indiciar a existência de discriminação negativa (*prima facie case*), revelando que: (i) pertence a uma categoria ou grupo identificado como vulnerável; (ii) candidatou-se a um dado posto de trabalho e foi recusado; (iii) possui as qualificações necessárias ao exercício da atividade em questão; e (iv) a despeito de haver sido excluído, o empregador continuou à procura de candidato àquele posto de trabalho ou, de outro modo, empregou um terceiro em seu detrimento (DRAY, 1999, p. 293).

1.3.4 Ações Afirmativas

A atenuação das desigualdades de fato, sobretudo as decorrentes de sexo e raça, tem sido buscada, presentemente, pela implementação de ações afirmativas¹⁰⁰, políticas públicas que, no mais das vezes, implicam discriminação positiva ou inversa. Consistem elas na introdução, em leis e outros diplomas normativos, de cláusulas favorecedoras aos membros desses grupos minoritários estigmatizados, colocados em desvantagem quando em situação de competição com os membros pertencentes a outros segmentos da população, atribuindo-lhes, dessa maneira, condições de igualdade de oportunidades especialmente no momento em que se empenham em conseguir emprego ou instrução (FERREIRA FILHO, 2009, p. 206).

A rigor, as ações afirmativas, costumam ser classificadas em conformidade com as funções que venham a cumprir, assim dizendo (AÑÓN, 1999, *passim*):

⁹⁹ Dray (1999, p. 316) caracteriza a ocorrência de **discriminação** a partir de três elementos distintivos e cumulativos, a saber: (i) um **objetivo**, que consiste na existência de prática diferenciadora a caracterizar privilégio, benefício, prejuízo ou privação de direito fundada em fatores desfeitos juridicamente, como a raça ou o gênero; (ii) um **subjetivo**, traduzível na efetiva realização daquela prática com a finalidade de obstruir o reconhecimento, o gozo ou o exercício de direitos em igualdade de condições; e (iii) um **causal**, representado pela violação do princípio da igualdade em razão da discriminação imposta.

¹⁰⁰ Joaquim Barbosa as define como “[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vista ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego” (GOMES, 2001, p. 40).

- (i) **medidas de conscientização**, voltadas à formação quer de caráter publicitário com o objetivo de criar um estado de opinião favorável, quer de maior sensibilização para o problema, como por exemplo, as campanhas de publicidade para a igualdade sexual, para o fomento de cursos de especialização etc.;
- (ii) **medidas de facilitação, de impulso ou de promoção**, adotadas para corrigir ou eliminar a desvantagem, bem assim para promover e impulsionar a igualdade rumo ao futuro, sendo distinguíveis em:
 - (a) **medidas de incentivo**, para o aumento dos meios ou para a diminuição das desvantagens, tais como as subvenções e bolsas de estudos;
 - (b) **medidas de discriminação positiva ou inversa**, por meio das quais, entre pessoas tidas como desiguais, atribui-se um tratamento desigualitário em favor dos que se encontram em pior situação, de que são exemplos o estabelecimento de escalas distintas para homens e mulheres, em benefício destas, assim como as cotas ou reservas de lugares para grupos desfavorecidos em postos de trabalho, centros de ensino ou candidaturas em exames vestibulares; e
 - (c) **medidas de tratamento preferencial**, consistentes em definir prioridades ou vantagens, sob a hipótese de que exista uma situação de partida semelhante entre concorrentes, mas que entre eles haja quem se encontre em situação contextual de desvantagem.
- (iii) **medidas de retribuição, recompensa ou sanção positiva**, a serem adotadas posteriormente à realização de uma ação desejada, tal como a atribuição de um prêmio ou de uma extinção fiscal.

Pondera Joaquim Barbosa que as ações afirmativas não devem ser confundidas com as políticas governamentais antidiscriminatórias sedimentadas em leis proibitivas, “[...] que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*” (GOMES, 2001, p. 40-41).

Resultam elas de decisões políticas do Poder Executivo, com o apoio, a vigilância e a sustentação normativa do Poder Legislativo; da chancela de legitimidade do

Poder Judiciário aos programas elaborados pelos outros dois Poderes, ao mesmo tempo que concebe e implementa medidas de similar natureza; além da adesão à causa pela iniciativa privada (GOMES, 2001, p. 53).

O termo **ação afirmativa** (*affirmative action*) teria sido empregado pela primeira vez nos Estados Unidos, especificamente na *Executive Order 10.925*, assinada pelo Presidente John F. Kennedy em 6 de março de 1961, para fazer referência a medidas cujo objetivo era o combate à discriminação. Posteriormente o modelo se ampliou pela publicação do *Civil Right Act*, em 2 de julho de 1964, que instituiu o *Permanent Employment Opportunity Comission* para zelar pela não discriminação em matéria de emprego. Em seguida, a *Executive Order 11.246*, de 24 de setembro de 1965, assinada pelo Presidente Lyndon B. Johnson, instituía medidas positivas a empreiteiras para a celebração de contratos com a administração pública federal, por meio das quais as empresas se comprometiam em recrutar e contratar mão de obra sem levar em consideração critérios como raça, religião e origem nacional. Outro marco relevante é o *Equal Employment Act*, de 1972, já no governo de Richard Nixon, que permitiu às pessoas processarem empregadores e universidades suspeitos de parcialidade. Desde então políticas análogas foram adotados por muitos Estados americanos e por outros países em todo o mundo (FERREIRA FILHO, 2009, p. 207; VARGAS, 2010, p. 321).

Em meio a uma pluralidade de critérios capazes de identificar a conveniência da aplicação de ações afirmativas, Marie-Thérèse Lanquetin (2004, p. 15) deduz alguns pontos de definição que devem pautar o tratamento diferenciado às pessoas atingidas por discriminação: (i) há de se ter, originalmente, uma desigualdade de fato; (ii) à qual deve corresponder uma diferenciação jurídica de tratamento; (iii) que, em última instância, resulta da vontade, manifestamente expressa pelo legislador, em conceder uma vantagem a determinada categoria de cidadãos que tenham sofrido discriminações no passado; (iv) a diferenciação jurídica de tratamento deve ser positiva na medida em que envolve uma ideia de compensação, com vista a restabelecer a igualdade por meio da ruptura da própria igualdade; e (v) em virtude de que o objetivo da autoridade normativa é alcançar a igualdade de fato, a diferenciação jurídica de tratamento tem necessariamente duração temporária, devendo cessar quando a igualdade for restaurada.

No mesmo sentido, empregando-se a *contrario sensu* as conclusões extraídas por Bandeira de Mello (2009, p. 47-48) para caracterizar as situações em que há ofensa ao

preceito constitucional da isonomia, poder-se-ia admitir a existência de discriminações positivas sempre e quando se preenchessem os seguintes requisitos: (i) não se atinja de modo atual e definitivo os princípios da generalidade e de abstração da norma jurídica; (ii) a norma adote como critério de discriminação elementos residentes nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas; (iii) haja relação de pertinência lógica entre os fatores de discriminação adotados e a distinção estabelecida; (iv) a distinção estabelecida convirja de algum modo para os interesses prestigiados pela Constituição Federal; e (v) a interpretação da norma permite extrair fatores de discriminação por ela claramente professados, ainda que implicitamente (MELLO, 2009, p. 47-48).

Fato é que a ocorrência de razoabilidade e de adequação das normas incidentes sobre cada caso concreto consiste em expediente inarredável para se apreciar a legitimidade das ações ou medidas de natureza discriminatória. Por conseguinte, situações em que o fator de discriminação se revista de inevitabilidade, seja em função de especiais exigências de um dado tipo de atividade – que exclui certas categorias de pessoas –, seja em função de características pessoais dos indivíduos envolvidos, são as que mais reiteradamente encontram acolhida favorável no embate de argumentos e de suas réplicas sobre a questão¹⁰¹.

Por outro lado, não há que se falar em ofensa ao princípio da igualdade se a discriminação aparece no próprio texto da Constituição, haja vista que se presume que o legislador constituinte teria ponderado pela razoabilidade das diferenciações que ali houvera por bem inserir, tal como o dispositivo que trata de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX), afirmação categórica de que homens e mulheres não se encontram em plano equivalente nesse quesito, mesmo em contraste à afirmação de que ambos são iguais em direitos e obrigações, pois se são iguais assim o são nos termos da própria Constituição (art. 5º, I).

Os argumentos que com maior frequência são esgrimidos contra as discriminações positivas em geral, e contra as cotas em particular, são os seguintes: (i) violam o princípio da igualdade; (ii) não são neutras e usam critérios proibidos para diferenciar as

¹⁰¹ Nessa linha de sustentação, seria razoável admitir-se que para o cargo de agente de polícia em uma penitenciária para mulheres se exigisse o sexo feminino para as pessoas que o viessem a preenchê-lo. Mas seria irrazoável exigir-se altura mínima para o cargo de escrivão de polícia. Tal tese encontra acolhida na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula nº 683, que a sustém: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

peessoas, como o raça e o sexo; (iii) contribuem para acirrar a tensão racial ou sexual; (iii) por serem paternalistas, injuriam negros e mulheres, porquanto os considera incapazes de, sozinhos, resolverem os seus problemas, necessitando do ordenamento jurídico para poderem competir com os outros; (iv) acentuam o fator raça ou sexo, ao invés do mérito individual; e (v) abrem as universidades a indivíduos pouco qualificados, acarretando o rebaixamento do nível de ensino, além de perdas de eficiência, avaliadas pela relação benefício/custo. Em favor de sua adoção, alega-se que o racismo e o sexismo continuam a ser um problema cultural, cuja erradicação demanda tempo, sendo, por isso mesmo, preferível atribuir vantagens aos negros e às mulheres do que estes sofrerem as desvantagens atuais que sobre eles pesam (CARBONELL, 2003, p. 19-21; GARCIA, 2005, n. 7, p. 25).

1.3.5 O Tratamento Jurídico no Plano Internacional

A produção normativa internacional, sobretudo posteriormente aos eventos desencadeados pela Segunda Guerra Mundial, enfrenta com vigor o tema do tratamento discriminatório em razão de sexo, raça, origem etc., ao mesmo tempo em prescreve a atribuição de preferências ou vantagens a determinados grupos humanos em razão dessas mesmas características.

Um dos primeiros atos normativos internacionais a reconhecer a possibilidade da existência de discriminação por trás do significativo diferencial de remuneração entre homens e mulheres, quando em atividade no mercado de trabalho formal, foi a Convenção nº 100, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 29 de junho de 1951, ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957. Por meio de seu art. 2º, item 1, prescreve-se a “[...] igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e a mão de obra feminina por um trabalho de igual valor”, referindo-se essa expressão, portanto, às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo (art. 1º, “b”).

Seguindo em ordem cronológica de apresentação, faz-se referência à Convenção nº 111, da mesma OIT, intitulada **Convenção Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão**, de 5 de julho de 1958, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965. Nela, o termo discriminação é conceituado, em sua forma básica, no art. 1º, item 1, “a”, como “[...] toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão”, não se

considerando como tal qualquer “[...] distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego” (art. 1º, item 2)¹⁰².

Conceituando discriminação em seu art. 1º, *caput*, de forma bastante similar à da precitada Convenção OIT nº 111, aparece a **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**¹⁰³, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965 e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. O item 4 do mesmo art. 1º dessa Convenção¹⁰⁴ fornece o suporte legal para a admissão das ações afirmativas, firmando como condições de sua admissibilidade não apenas a finalidade de favorecer grupos em condições desvantajosas, quanto o seu caráter transitório.

Outro ato internacional que também trata do tema da discriminação é a **Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984. Essa Convenção também se preocupa em conceituar o que seja discriminação contra a mulher (art. 1º), seguindo o padrão acolhido pelas anteriores, além de determinar aos Estados-partes que adotem medidas para modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vista a eliminar preconceitos e práticas costumeiras ou de qualquer outra índole baseados na ideia de inferioridade ou superioridade ou em funções estereotipadas de qualquer dos sexos (art. 5º, “a”).

1.3.6 As Medidas Legais no Brasil

No direito brasileiro, pode-se afirmar que a política de ações afirmativas, ainda que tenha apresentado alguns precedentes que lhe foram anteriores, somente encontrou

¹⁰² A importância que a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho atribui aos resultados, isto é, à privação ou às restrições causadas pelas diferenças de tratamento, faz com que não seja necessário, para qualificar uma situação como discriminatória, que haja um propósito deliberado de causá-la, de sorte que as duas modalidades de discriminação previamente descritas, a direta e a indireta, são abrangidas pelo seu escopo (TOMEI, 2003, p. 442).

¹⁰³ Um dos pontos que sobressai nessa Convenção é o marcante componente valorativo de seus considerandos, um dos quais assegura o convencimento “[...] de que a doutrina da superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum”.

¹⁰⁴ “Art. 1º [...] 4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”.

fundamentos mais consistentes com a Constituição Federal de 1988, a começar pelo seu art. 3º, III, que estipula ser a erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim a redução das desigualdades sociais e regionais, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (FERREIRA FILHO, 2009, p. 210-211).

Outros dispositivos constitucionais mencionáveis, com conteúdo mais explícito de diferenciação ou de guarda discriminante, são os de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX), e o de reserva, por meio de lei, de percentual de cargos e de empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII).

No plano infraconstitucional, inúmeros diplomas normativos instituíram políticas públicas com discriminações positivas, de que são exemplos a fixação mínima de 30% e máxima de 70% para candidaturas de cada sexo, por agremiação partidária, nas eleições proporcionais (Lei nº 9.504, art. 10, §3º, de 30 de setembro de 1997); o Programa Bolsa Família (Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004); o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010); e a fixação de cotas raciais em diversas universidades públicas etc.

No âmbito da Administração Pública Federal, o Executivo instituiu, por meio do Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, a contemplar medidas administrativas e de gestão estratégica, entre as quais a de inclusão de metas percentuais de participação de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência nas contratações de empresas prestadoras de serviços, assim como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais (art. 2º, IV).

1.3.7 Questões Remanescentes

A adoção de sistema de cotas raciais para ingresso em universidades públicas, tal como o faz a Universidade de Brasília (UnB) desde 2004, ao destinar 20% de suas vagas do vestibular para candidatos que cumpram o requisito, é medida controversa cuja constitucionalidade há de ser alvo de análise iminente pelo Supremo Tribunal Federal (STF),

em face da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, ajuizada pelo Partido Democratas (DEM)¹⁰⁵ (STF, 2009, *passim*).

Entre os argumentos jurídicos apresentados pela constitucionalista Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, que subscreveu a peça, estaria o de que a instituição de cotas violaria os seguintes preceitos fundamentais da Constituição Federal: art. 1º, *caput* (princípio republicano) e inciso III (dignidade da pessoa humana); art. 3º, inciso IV (vedação ao preconceito de cor e à discriminação); art. 4º, inciso VIII (repúdio ao racismo); art. 5º, incisos I (igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), XLII (combate ao racismo) e LIV (devido processo legal e princípio da proporcionalidade); art. 37, *caput* (princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade, corolários do princípio republicano); art. 205 (direito universal à educação); art. 206, *caput* e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino); art. 207, *caput* (autonomia universitária); e art. 208, inciso V (princípio meritocrático, segundo o qual o acesso ao ensino se dá conforme a capacidade de cada um).

Muitos das potenciais consequências que, na visão dos proponentes do feito, poderão advir com a manutenção do sistema de cotas que combatem seriam os já mencionados previamente. Aduz-se, em adição, que a ciência contemporânea, por meio de pesquisas genéticas recentes, teria comprovado a inexistência de raças, reprisando argumento que fora recolhido, de modo similar, às laudas de defesa de Siegfried Ellwanger no histórico julgamento do Habeas Corpus nº 82.424-2/RS (STF, 2003, *passim*) e que, àquela altura, sofreu interessante desconstrução pelo jurista – e *amicus curiae* na causa – Celso Lafer:

No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento *contrario sensu*, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas consequências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças (STF, 2003, *passim*).

Ou seja: procura-se descaracterizar o problema pela negação do fator que o engendra, como se assim o fazendo, suas manifestações deixassem automaticamente de existir, quando, em verdade, elas persistem e, como já se expôs, apenas exteriorizam preconceitos que estão arraigados na cultura.

¹⁰⁵ O Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática, referendada pelo Pleno do STF, indeferiu a liminar cautelar que pleiteava a suspensão dos atos normativos e da matrícula dos alunos selecionados pela UnB com base no sistema de que se trata.

O fato é que, em sessão plenária concluída em 26 de abril de 2012, os ministros do STF decidiram, por unanimidade, que o sistema de cotas da UnB é constitucional, servindo tal entendimento como parâmetro para que políticas da espécie venham a ser implementadas por outras universidades públicas brasileiras, caso as queiram, ou mantidas, entre aquelas que já delas dispõem.

Para finalizar este capítulo, sintetizam-se, a seguir, algumas dificuldades que a implementação de ações afirmativas vem enfrentando, aqui como alhures, a começar pela própria definição de quem devem ser os seus beneficiários. Propugna-se por objetividade e precisão nos critérios de escolha, para que não se incorra em arbitrariedades e desvios de finalidade (FERREIRA FILHO, 2009, p. 210).

Todavia, ações afirmativas amparadas em cotas, como as voltadas à inclusão de afrodescendentes, acarreta situações de difícil contorno em países como o Brasil, nação de população majoritariamente miscigenada, porquanto caso se adote a cor da pele como forma de identificação de raça, perceber-se-ão as dificuldades para se definir fronteiras entre os distintos matizes, levando a delimitações ambíguas. Há, por estas plagas, tanto descendentes de pele negra, quanto de pele mais clara, além dos que, sem serem afrodescendentes, possuem tez escura, fato que, em último caso, embarça o processo de seleção dos beneficiários e açoda as críticas aos programas que as adotam, principalmente pelos candidatos preteridos a vagas em universidades públicas, mesmo com melhores notas em seus exames vestibulares (FERREIRA FILHO, 2009, p. 211).

Sobre a questão, Dworkin (2011, p. 656), ao analisar detidamente as decisões tomadas pela Suprema Corte Norte-Americana, nas quais os interesses de hipotéticas minorias estavam em jogo, concebeu interessante regramento para decidir sobre se determinadas categorias ou grupos de pessoas enquadram-se ao critério de ser uma **classe suspeita**, teste que, ao seu final, permite avaliar o quadro de exposição e de vulnerabilidade do grupo, ratificando a sua qualificação como **minoria**. Consiste ele em duas cláusulas a serem atendidas cumulativamente: (i) o grupo se mostra tão marginalizado financeira, social e politicamente, que lhe faltam meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para os seus interesses, circunstância que o fragiliza nas urnas e em possíveis alianças ou barganhas com outros grupos; e (ii) o grupo é vítima de vieses, preconceitos, ódios ou estereótipos tão graves que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, ainda

quando tais punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, dos outros grupos.

Com fundamento nesses critérios, Dworkin (2011, p. 655-656) sintetiza as razões pelas quais, *e.g.*, os homossexuais não se enquadrariam no critério de classe suspeita, pois, mais que algum poder de compra algo consistente, não estariam vulneráveis quanto à representação política de seus interesses. Não assim os negros, que atendem com mais propriedade às duas premissas. Quanto às mulheres, seriam como que uma classe semissuspeita, pois a depender de determinadas clivagens, pertinente ou não será o recurso ao apoio público, ou mesmo privado, às suas carências.

Como se observa, essa sistemática de Dworkin não logra vencer o problema retromencionado de caracterização de quem seja o afrodescendente a ser contemplado pelas cotas, ou mesmo se, de fato, a principal clivagem a ser contemplada pelas cotas, no Brasil, seja a de raça, pois já há algum tempo vem-se argumentando que, sob a hipótese de efetiva necessidade das ações em apreço, melhor seria que atendessem ao critério de classe de renda, por mais que se reconheça que, no espaço interseccional de ambas as clivagens, os negros também representam maioria numérica entre os detentores dos mais baixos níveis de poder aquisitivo.

No plano das prescrições, resgatam-se neste momento alguns dos pontos subtraídos por Joaquim Barbosa Gomes à “pouco eloquente” jurisprudência norte-americana, capazes de contribuir para a validação desse tipo de política social na via judicial. Afirma ser ele de “[...] fundamental importância, no momento da formulação do plano, a demonstração documental, estatística dos desequilíbrios raciais e sexuais existentes, de forma a propiciar, no futuro, elementos de análise comparativa” (GOMES, 2001, p. 223).

Sugere-se, além disso, que os planos associados às referidas políticas, ao invés de se fixarem em **cotas cegas**, deveriam pautar-se pela flexibilidade na conjugação de fatores múltiplos de elegibilidade dos beneficiários, isto é, sem limitar-se a critérios como raça ou sexo, hão de agregar outros fatores positivos, como, por exemplo, a qualificação técnica e profissional (GOMES, 2001, p. 224).

Comentários Finais ao Capítulo 1

Depois de se traçar um panorama sobre as teorias da justiça distributiva, com o objetivo de coligir os argumentos fundamentais por trás das propostas voltadas a concretizar o

ideal de igualdade, assim como as balizas jurídicas que conformam a sua defesa, especialmente quanto à dimensão materializada pela regra de não discriminação arbitrária, dá-se oportuno e conciso fecho ao tratamento do assunto, nos termos sintetizados nos parágrafos subsequentes.

Apesar de constituírem verdadeiras linhas de força divergentes, as diversas concepções teóricas da filosofia política possuem, segundo a ótica de Dworkin (2000, p. 269-280), a igualdade como valor comum, não no sentido de que sustentem, por exemplo, uma distribuição igual de renda, mas na acepção de que todo cidadão tem direito a consideração e respeito em igualdade de condições com qualquer outro. Logo, sob tal enfoque mais abstrato de igualdade, poderá ela se expressar em qualquer área específica, como renda, riqueza, oportunidades ou liberdades.

Nessa abordagem revisitada da igualdade, o argumento fundamental se desloca da sua aceitação ou não como valor primário, para a questão de sua interpretação, particularidade que dá margem ao surgimento de uma plethora de teorias como as aqui compendiadas, a compor a riqueza e a diversidade da filosofia política contemporânea.

Especial atenção se concedeu à questão da responsabilidade do indivíduo, como uma etapa essencial para a definição de como tornar efetivos os direitos que um indivíduo possui, pois, como se expôs, grande parte dessas teorias repousa sobre a ideia kantiana de que todos os humanos são entidades morais, iguais por natureza, embora diferentes em suas características, devendo ser considerados como fins. Nesse sentido, merecem certo respeito e consideração, especialmente em termos de acesso a bens úteis à sua própria realização de vida boa, à luz de um critério por definir, capaz de levar em consideração o lugar da responsabilidade individual na definição de preferências e uso de bens.

Nem todas as teorias são enraizadas na filosofia moral ou se preocupam exclusivamente com a justiça distributiva. A concepção da ética do cuidado, por exemplo, não chega a expressar uma concepção geral de equidade e, por extensão, de justiça distributiva, muito embora seu espaço entre as contribuições desenvolvidas pelas feministas seja incontestável e muitos trabalhos econômicos têm sido desenvolvidos levando em consideração os seus pressupostos teóricos.

A paisagem normativa das teorias analisadas nesta dissertação reflete, em boa medida, a ausência de contribuições relevantes de autores que, tais como no caso das feministas, teorizem sobre a condição de ser negro. A respeito, o feminismo étnico norte-

americano, crítico da raça, volta-se a experiências específicas da mulher negra. Alguns de seus temas se vinculam à necessidade de adquirir consciência de si mesmo em um mundo pós-moderno desarticulado, especialmente no que concerne aos negros, que contam com o legado discursivo dos brancos para a construção de suas identidades. Autores como Wayne Morrison (2006, p. 608, n. 49, 609-611), não obstante, julgam polêmico se falar em feminismo negro, sendo mais plausível se falar numa argumentação mais ampla em favor da raça que, de todo modo, não logra proeminência.

As teorias da justiça analisadas – com exceção da marxista que, em seu projeto de notória natureza coletiva, cuida com mais ênfase da etapa de produção de mercadorias – aplicam-se bem mais à esfera distributiva, preocupando-se com quem há de receber os bens tão logo sejam produzidos. Todavia, a limitação dos princípios analisados à distribuição deixa sem explicação o que há de ser produzido, em que quantidade e por quem, dando a impressão, como bem observa Nozick (1991, p. 215 e 236), que os bens a serem distribuídos são como um maná caído do céu.

Pode-se afirmar, mais amplamente, que todas as teorias sumariadas neste capítulo definem-se por seu caráter fundamentalmente normativo e crítico, assentes em estudos filosóficos mais ou menos substanciosos, alguns de índole acentuadamente especulativa, consideravelmente abstrata, muito embora úteis para aplicações a áreas específicas de interesse político e social.

Embora os aportes teóricos do marxismo, de Rawls e de Sen atribuam maior importância à dimensão solidária do convívio humano, não deixam de expressar alguma simpatia pela ideia da igualdade de oportunidades – não meramente formal, mas também e sobretudo material –, tendo em vista a supressão ou mitigação das desigualdades fáticas de natureza econômica e social, sendo que, no caso do marxismo, tal tendência seja bem mais observável em sua vertente analítica.

Diversamente, os pensadores alinhados com a teoria libertarista – que de maneira unânime, não é considerada nem coerente nem rigorosa – defendem com mais vivacidade a autonomia e a responsabilidade individual, sendo, por isso mesmo, mais condescendentes com a possibilidade de que ocorram desigualdades, as quais, de todo modo, aos seus olhos não parecem injustas.

Sob uma ótica mais ampliada, a variedade de enfoques conceituais e substantivos de justiça evidencia a inexistência de uma única maneira de realizá-la e o mais

certo é que ela reflita as percepções que, em cada época e lugar, se tenha sobre injustiças relacionadas com a propriedade, o gênero, a raça, o poder ou, mais extensivamente, qualquer outra dimensão do humano capaz de se expressar na arena política.

Mesmo considerando tais ponderações, é possível que a busca de um adequado equilíbrio entre igualdade de oportunidades e de recursos, num quadro de respeito à responsabilidade e à autonomia individuais, seja um dos meios mais adequados para se estruturar políticas sensatas de justiça distributiva.

Embora muito do que se discuta em termos de argumentos justificadores nas diversas teorias da justiça distributiva não constitua divergências frontais inconciliáveis sobre o que seria uma situação de vantagem para o indivíduo, o ponto de discórdia entre elas radica, sobretudo, nos princípios que devem governar a alocação de recursos em geral e, por conseguinte, sobre os arranjos e instituições sociais a serem definidos e realizações perseguidas.

Ante a improbabilidade de haver um arranjo social identificável, perfeitamente justo, sobre o qual possa surgir um acordo imparcial, o que resulta factível é o exercício político da democracia, com vista à adoção legítima das medidas mais prementes para fazer frente ao que cada sociedade, em seu tempo e lugar, define como uma situação de justiça social. Independentemente da escolha que se faça, como sustenta Simone de Beauvoir (1990, p. 26), é do ponto de vista das oportunidades concretas abertas aos indivíduos que as instituições devem ser avaliadas.

No plano jurídico, o princípio da igualdade demanda justificativas objetivas, razoáveis e adequadas para a hipótese de a norma adotar tratamento diferenciado, caso em que a diferenciação de regimes haverá de estar fundamentada nos fatos, nas situações ou nas pessoas por ela desequiparadas. Diversamente, quaisquer discriminações negativas e injustificadas deverão ser cerceadas pelos interditos do direito antidiscriminatório.

Vamos introduzir o refinamento e o rigor da matemática em todas as ciências, até onde seja possível, não na crença de que por essa via conheceremos as coisas, mas para assim constatar nossa relação humana com as coisas. A matemática é apenas o meio para o conhecimento geral e derradeiro do homem.

Nietzsche (2001, p. 181)

2 AS CONTRIBUIÇÕES TEÓRICO-EMPÍRICAS DA ECONOMIA DA DISCRIMINAÇÃO

Definida em termos amplos, a discriminação no mercado de trabalho ocorre quando recursos humanos são remunerados ou tratados diferentemente apesar de suas contribuições produtivas semelhantes. Essa diferença resulta de uma combinação de fatores discriminatórios e não discriminatórios. Entre estes últimos têm-se o nível educacional, a idade, o treinamento, o ramo de atividade ou ocupação, a filiação sindical, a localização, a experiência laboral, a continuidade de trabalho, a saúde etc. Entretanto, parcela desse diferencial de salários não resulta explicável e, por isso, os economistas a atribuem à discriminação (MCCONNELL; BRUE; BARBIERO, 2003, p. 401).

Sob o peso da discriminação no mercado de trabalho, certos grupos de pessoas frequentemente recebem tratamento inferior com respeito à contratação, acesso ocupacional, educação e treinamento, promoção, salários ou condições de trabalho, ainda que possuam as mesmas habilidades, experiência, educação e treinamento dos grupos preferidos.

Nos tópicos seguintes são apresentados alguns aportes teóricos desenvolvidos pela teoria econômica para a análise do problema, a enfatizar as formas de discriminação mais importantes observadas no mercado de trabalho¹⁰⁶.

2.1 A Taxonomia Clássica

São abundantes os dados estatísticos que sugerem a existência de diferenças discriminatórias relacionadas a salários, taxas de desemprego, distribuição por ocupações ou

¹⁰⁶ As súmulas das diversas seções deste capítulo estão fundamentadas, em boa medida, nas exposições circunstanciadas sobre a matéria, apresentadas em (EHRENBERG; SMITH, 2000, p. 454-510), assim como em (PATINO, 2005, p. 99-121). À margem, constam passagens e comentários colhidos a outros autores, cujas referências, de todo modo, são prontamente oferecidas.

acumulação de **capital humano**¹⁰⁷ entre distintos grupos, a demonstrar que a discriminação tem seu fundamento seja em causas e elementos profundamente arraigados na conduta dos indivíduos ou grupos sociais, seja em fatores que, de algum modo, geram fortes incentivos a discriminar sobre os agentes implicados na tomada de decisão.

Sob a perspectiva **ortodoxa ou neoclássica** da economia¹⁰⁸, a questão da discriminação laboral do negro e da mulher é tratada por meio de distinções entre situações que têm sua origem em fatores de demanda – **discriminação direta ou pós-mercado** –, em características da oferta de trabalho – **discriminação indireta ou pré-mercado** –, e, conjuntamente a estas, outros fatores relacionados com a oferta de trabalho que implicam tratamento laboral diferenciado para determinadas categorias de trabalhadores, ainda que, segundo a abordagem dominante, não sejam necessariamente discriminatórios (PATINO, 2005, p. 100-101).

A **discriminação direta**, de mais fácil evidênciação, tem lugar depois de o trabalhador ter-se incorporado, com suas características particulares, ao mercado de trabalho. Sob tal perspectiva, pode-se afirmar que ocorre discriminação motivada pela raça ou pelo

¹⁰⁷ Tendo em vista que esta expressão retornará em diversos pontos desta dissertação, faz-se aqui rápida digressão sobre o que se entende por **capital humano**. Por meio dela, procura-se contemplar os trabalhadores como incorporadores de uma série de habilitações que podem ser **alugadas** aos empregadores. O conhecimento e as habilitações, procedentes da educação e da profissionalização, aí incluídos os conhecimentos derivados da experiência, geram certo estoque de capital produtivo. Entretanto, o valor desse estoque deriva do quanto essas habilitações são capazes de representar ganhos no mercado de trabalho. A busca do emprego e a migração são atividades que aumentam o valor do capital humano, incrementando o preço (salário) recebido por um dado estoque de qualificações. Sob esse enfoque, o patrimônio total da sociedade pode ser visto como uma combinação tanto de capital humano, como de capital não humano. O capital humano inclui os investimentos acumulados em atividades como educação, treinamento no emprego e migração, ao passo que o capital não humano inclui o estoque social de terras, edifícios e maquinaria. Os retornos esperados sobre os investimentos do capital humano são, conforme assinalado anteriormente, um nível mais elevado de ganhos, maior satisfação no emprego no decorrer da vida e maior proveito em atividades e interesses fora do mercado. Falando em termos gerais, os gastos com esses investimentos podem ser divididos em três categorias: (i) despesas à vista ou diretas – são os gastos com educação, como mensalidades escolares e livros, despesas com mudanças decorrentes de migração, além daqueles com locomoção para buscar emprego; (ii) ganhos cedidos – constituem outra fonte de gastos porque, durante o período de investimentos, normalmente é impossível trabalhar, pelo menos em tempo integral; e (iii) perdas psicológicas – são também apreciadas como um custo porque, segundo um cálculo utilitarista, a educação é difícil e frequentemente enfadonha, a busca de emprego é tediosa e irritante e a migração significa abandonar velhos amigos ou a família (PAIVA, 2001, p. 185-191; EHRENBURG; SMITH, 2000, p. 454-510).

¹⁰⁸ Como observa Glen G. Cain (1986, p. 709), a teoria neoclássica da discriminação, a rigor, é quase que inteiramente devotada ao lado da demanda por mão de obra. Nela, o lado da oferta do mercado de trabalho é neutralizado pela assunção de que os grupos majoritários e minoritários de trabalhadores são produtivamente iguais ou têm igual capacidade produtiva, assim como igual gosto pelo trabalho. Quanto ao lado da demanda por trabalho, pode ser caracterizado por uma estrutura competitiva ou monopolística. Tais caracterizações definem a taxonomia usada a seguir.

gênero quando negros e mulheres que têm a mesma capacidade, formação e experiência que homens brancos e, por conseguinte, a mesma produtividade esperada, recebem tratamento desfavorável no que pertine à contratação, ao acesso a uma ocupação ou posto de trabalho, ao salário ou a condições de trabalho. Considerando que, nesses casos, é o empregador que deseja contratar trabalho em condições desfavoráveis à mulher ou ao negro, quando em confronto ao que corresponderia à sua produtividade esperada, trata-se de uma situação que tem sua origem no lado da demanda do mercado de trabalho, razão pela qual é conhecida por **discriminação de demanda**.

Formalmente, a discriminação direta pode ser caracterizada em três formas distintas. Primeiramente, a discriminação direta pode ser do tipo **salarial**, de modo que ocorram diferenças de salário em prejuízo das categorias desfavorecidas sem que tal tipo de diferenças possa ser explicado em termos de gradientes de produtividade. Em segundo lugar, pode-se falar em **discriminação direta no emprego**, que existe quando, tudo o mais constante, a taxa de desemprego seja extraordinariamente maior no contexto da população ativa negra ou feminina do que da masculina branca. Finalmente, cabe falar em **discriminação ou segregação ocupacional** para fazer referência a situações em que, novamente sob condições *cæteribus paribus*, os negros e as mulheres sejam excluídos total ou parcialmente de algumas ocupações, estando concentradas, por seu turno, em outras para as quais estejam excessivamente qualificados.

Além disso, ocorre discriminação também quando as categorias desfavorecidas em referência encontram maiores obstáculos que o homem branco na hora de adquirir capital humano, ou dito de outro modo, quando têm acesso mais limitado às oportunidades que poderiam aumentar sua produtividade, principalmente aos distintos níveis e especialidades de ensino regular. Tendo em vista que essas limitações e, portanto, a origem causal da discriminação, produz-se antes da incorporação da mulher ou do negro ao mercado de trabalho, a situação recebe o nome de **discriminação indireta ou pré-mercado**. Também pode ser denominada **discriminação de oferta**, já que sua origem está em algumas das características da própria oferta de trabalho.

Apesar da aparente simplicidade dessa definição, e ainda que, mais adiante, se trate do tema com maior nível de detalhamento, é preciso advertir que, na prática, não resulta absolutamente simples identificar os casos de discriminação indireta, e isso porque, logicamente, nem todos os fatores que possam dar ensejo a que o negro ou a mulher adquiram

uma menor qualificação ou limitem sua oferta a determinados postos de trabalho são passíveis de ser considerados discriminatórios, senão apenas aqueles que não correspondam a decisões racionais desses agentes, livremente adotadas. Obviamente, a questão-chave – irresolúvel em alguns casos – é determinar até que ponto muitas das decisões consideradas racionais e livremente adotadas por negros e mulheres o são realmente, e não derivam de forma mais ou menos determinista do ambiente social e cultural em que se encontram.

2.2 Análise de Demanda: discriminação direta

O modelo de preferência pela discriminação, de Gary Becker, o modelo fundamentado no poder de mercado, o modelo de discriminação estatística e o modelo da segregação ou concentração ocupacional são os principais construtos explicativos propostos pela economia, para os casos de suposta discriminação contra negros e mulheres, depois que estes já se encontram incorporados ao mercado de trabalho (PATINO, 2005, p. 102).

2.2.1 O Modelo de Preferência pela Discriminação de Gary Becker

O prêmio Nobel de Economia de 1992, Gary Becker, publicou em 1951 a primeira edição de *The Economics of Discrimination*, trabalho pioneiro na análise do tema que ora se apresenta. No modelo que propõe, concebe a discriminação – sob o ponto de vista da demanda de trabalho por parte dos empregadores – como uma **preferência** ou **gosto** de certos indivíduos, os quais lhe conferem uma dada **utilidade**. De acordo com Becker:

Se um indivíduo tem uma ‘preferência pela discriminação’, deve agir como se estivesse disposto a pagar alguma coisa, quer diretamente quer sob a forma de redução em sua renda, para se relacionar com algumas pessoas em vez de outros. Quando a discriminação real ocorre, ele deve, de fato, então pagar ou perder renda por tal privilégio. Essa forma simples de encarar a questão delimita a essência do preconceito e da discriminação¹⁰⁹ (BECKER, 1971, p. 14).

Sendo assim, não resulta difícil considerar a discriminação como algo que possa ser medido em termos monetários: se um indivíduo tem preferência pela discriminação, ou de outro modo, busca manter preconceito de algum tipo, estará disposto a pagar uma certa

¹⁰⁹ No original: “If an individual has a ‘taste for discrimination’, he must act as if he were willing to pay something, either directly or in the form of reduced income, to be associated with some persons instead of others. When actual discrimination occurs, he must, in fact, either pay or forfeit income for this privilege. This simple way of looking at the matter gets at the essence of prejudice and discrimination”.

quantidade – diretamente ou sob a forma de redução de sua renda – para relacionar-se com algumas pessoas em lugar de outras.

Essa preferência pela discriminação se manifesta pelo que Becker denomina por **coeficiente de discriminação**, conceito que mensura a preferência pela discriminação nos modelos econômicos, possibilitando fazê-lo de forma paralela conforme se trate de comportamento discriminatório por parte dos consumidores, dos empregadores ou de fatores de produção distintos ao que é discriminado.

2.2.1.1 Discriminação pelo Consumidor ou Cliente

Um primeiro modelo enfatiza o preconceito do consumidor ou cliente como fonte de discriminação. Estes podem preferir ser servidos por homens brancos em algumas situações e por negros ou mulheres em outras. Se suas preferências por homens brancos estender-se para empregos que requeiram grande responsabilidade, como médico ou piloto comercial, e se suas preferências por negros e mulheres são limitadas a empregos menos responsáveis como, por exemplo, os de secretaria, recepção ou atendimento ao público, então, muito provavelmente, ocorrerá segregação profissional em detrimento dessas categorias. Como consequência, para que negros e mulheres encontrem empregos em funções para as quais os clientes preferem homens brancos, devem aceitar salários mais baixos ou serem mais qualificadas do que o homem branco médio. O motivo para isso é que seu valor para a empresa é mais baixo do que o dos homens brancos igualmente qualificados, devido às preferências dos clientes por estes últimos (EHRENBERG; SMITH, 2000, p. 477).

Assim, se os consumidores têm um gosto por discriminação, suas decisões de consumo não são baseadas sobre preços do bem **p**, mas sobre a utilidade ajustada do preço, ou seja, **[p. (1+d)]**, em que **d** é o coeficiente de discriminação já referido (TEKIN, 2008, p. 389).

O preconceito do consumidor se mostra importante somente em ocupações nas quais os trabalhadores estejam em contato direto com os consumidores. Os consumidores dos bens manufaturados não conhecem a raça ou o gênero dos trabalhadores da empresa onde os produtos são feitos, embora sejam capazes de observar os vendedores que os servem.

Uma das implicações da discriminação do cliente é que isso levará a postos de trabalho segregados, pelo menos nas ocupações com elevado contato com os clientes. Empresas que atendem clientes preconceituosos contratarão trabalhadores do **grupo preferido**, pagarão salários mais altos e cobrarão preços mais altos do que as empresas que

empregam trabalhadores de grupos desfavorecidos e que servem clientes não preconceituosos. Embora se pudesse prever que os clientes preconceituosos fossem levados a mudar seu comportamento pelos preços mais altos, os bens e serviços associados com suas preferências discriminatórias podem representar uma pequena proporção de seus gastos gerais de consumo. Portanto, eles podem não considerar suficientemente atraente mudar seus hábitos e, com isso, a discriminação dos clientes persistirá, apesar dos seus custos tanto para os discriminadores quanto para as vítimas (EHRENBURG; SMITH, 2000, p. 477-478).

Claro está que a presença da discriminação do cliente reduzirá os ganhos para grupos desfavorecidos de forma diferente em profissões diferentes, dependendo dos preconceitos dos clientes com relação a cada uma delas. Uma área óbvia para análise é a de autônomos, um grupo cujas rendas são diretamente dependentes do comportamento dos clientes e, obviamente, independente de preconceitos do empregador. Outra área em que esse tipo de discriminação tenderia a ocorrer com mais frequência seria a dos setores de serviços e de comércio varejista, haja vista o contato pessoal direto entre o cliente e o trabalhador.

As hipóteses de longo prazo, propostas por esse modelo, referem-se à tendência de que empregadores igualmente produtivos de grupos discriminados venham a receber os mesmos salários, ou então que venham ser segregados em empregos que não envolvam interação com o grupo de consumidores discriminadores.

2.2.1.2 Discriminação pelo Empregador ou Empresário

Neste caso, empregadores com preferências por discriminação impõem custos subjetivos ou psíquicos pelos quais estejam dispostos a pagar. O preconceito pode tomar a forma de uma aversão a se associar com minorias, passível de se manifestar pela preferência na contratação e no tratamento discriminatório preferencial. Assim, experimentam uma espécie de **desutilidade** por empregar e pagar salários a grupos discriminados (EHRENBURG; SMITH, 2000, p. 477-478).

Da mesma maneira que no caso anterior, a medida de sua disposição a pagar por isso pode ser traduzida, em termos monetários, pelo coeficiente de discriminação. Para ilustrar, suponha-se que homens e mulheres¹¹⁰ tenham as mesmas características produtivas e

¹¹⁰ Aqui a ideia é similar caso se adote a hipótese de comparação entre um trabalhador branco e um trabalhador negro. Adote-se a mesma ideia, por extensão e quando cabível, aos exemplos subsequentes em que se faça referência apenas às mulheres ou apenas aos negros.

que os custos para o empresário empregar uma mulher e um homem sejam, respectivamente, W_w e W_m . Em virtude da suposição de que as mulheres envolvidas sejam altamente produtivas em todas as circunstâncias, a desvalorização de sua produtividade pelos empregadores é puramente subjetiva e configura uma manifestação de preconceito pessoal. Quanto mais preconceituoso um empregador, mais a produtividade real será descontada.

Desse modo, se o empregador possui preferência por discriminar a mulher, vai agir como se os custos reais fossem $[W_w(1 + d)]$, em que d , um número positivo, é o já mencionado coeficiente de discriminação. O empregador será indiferente ao escolher entre um homem e uma mulher apenas quando os custos de contratação de cada trabalhador sejam, para ele, iguais, isto é, $W_m = W_w(1 + d)$. Uma explícita implicação é que mulheres somente serão contratadas pelo empregador se o seu salário for inferior ao de um trabalhador homem (TEKIN, 2008, p. 389).

Caso se acrescente a hipótese de que todos os empresários envolvidos produzam o mesmo bem em um mercado competitivo, chega-se a uma interessante implicação do modelo de preferência pela discriminação que, ao mesmo tempo, é seu principal ponto de debilidade. Se, como se tem dito, todos os empresários não discriminadores somente contratam mulheres, tais empresários têm uma vantagem competitiva de custos em relação aos demais discriminadores que somente contratam homens. Sob condições de livre entrada e mercados competitivos, a consequência imediata é que as empresas não discriminadoras, cujos custos são mais baixos, podem conseguir uma maior cota de mercado à custa dos empresários que praticam discriminação e que são, portanto, menos eficientes. Com isso, seriam as próprias forças da concorrência que resolveriam o problema da discriminação, já que os empresários discriminadores tenderiam a deixar de sê-lo ou, então, se veriam expulsos do mercado¹¹¹ (PATINO, 2005, p. 104-105).

¹¹¹ Como afirmam Ehrenberg e Smith (2000, p. 476), a mais perturbadora implicação desse modelo de discriminação do empregador é que os empresários, em vez de maximizarem lucros, parecem estar maximizando a utilidade subjacente aos seus preconceitos. Naturalmente, empresas operando em mercados de produtos competitivos buscam maximizar seus lucros para obter uma taxa de retorno normal sobre o capital investido. Se esse retorno não for atingido, reorientam seus investimentos, de forma, por exemplo, a reduzir os custos por meio do emprego de tecnologias que envolvam menor contratação de trabalhadores. Seja como for, se o mercado de produtos opera sob forças competitivas, seria razoável esperar que as empresas discriminadoras sejam punidas por isso, levando-as ou bem a reduzir ou mesmo abrir mão dos mecanismos de discriminação ou bem a aceitar taxas de retorno inferiores às do mercado. Mesmo em face desses argumentos, os autores oferecem um exemplo no qual os empregadores, em vez de maximizarem lucros, perseguem objetivos distintos: empresas sujeitas a regulamentação sobre preços e lucros podem

De modo análogo, se os mercados de produtos não são perfeitamente competitivos, porém tenham entrada franqueada, cabe dizer que o empresário discriminador ver-se-á expulso do mercado somente no caso de rendimentos de escala não decrescentes. Por outro lado, se há barreiras que impeçam a entrada, porém as empresas possam ser transferidas a outras, a competição no mercado de empresas pode fazer desaparecer a discriminação, inclusive num ambiente de rendimentos decrescentes. De resto, se o empresário tem poder de mercado em relação aos seus produtos, o modelo de Becker não leva à conclusão de que a discriminação desaparecerá.

Afirme-se, por fim, que o fato de o funcionamento do mercado não haver conseguido, na prática, eliminar os comportamentos discriminatórios põe em questão, de forma suficientemente evidente, o modelo do qual decorra tal predição.

2.2.1.3 Discriminação do Empregado

Outra hipótese de discriminação baseada em preconceito pessoal pode ser encontrada no lado da oferta do mercado¹¹²: trabalhadores do sexo masculino buscam evitar situações em que tenham de interagir com negros ou mulheres de modo que consideram impróprio. Por exemplo, eles podem se opor a receber ordens de uma mulher, a partilhar responsabilidades com alguém negro ou trabalhar onde negros ou mulheres não sejam confinados a funções de baixo *status* (EHRENBERG; SMITH, 2000, p. 478-480).

Se os trabalhadores masculinos brancos, por exemplo, têm preferências discriminatórias, tenderão a abandonar ou a evitar empregadores que contratam e promovem à base não discriminatória. Os empresários que desejam empregar trabalhadores de forma não discriminatória, portanto, teriam de pagar a essa mão de obra masculina branca uma bonificação salarial para mantê-los.

ocultar lucros excessivos do público envolvendo-se em práticas que acentuam a utilidade de seus administradores, cujos custos extras são ocultos dos reguladores e transferidos aos consumidores, quando operam em mercados suficientemente monopolizados. Se tais práticas fossem abandonadas, os lucros se elevariam e os órgãos reguladores poderiam insistir na queda dos preços dos produtos.

¹¹² Em que pese tratar-se de discriminação que se observa no lado da oferta do mercado trabalho, preferiu-se manter este tópico entre os modelos do lado da demanda, por corresponder a um tipo de discriminação direta, tais como os tratados na seção em questão. Destaque-se, por conseguinte, que não há plena correspondência de associação entre discriminação no lado da demanda e discriminação direta, ou entre discriminação do lado da oferta e discriminação indireta.

No entanto, se os empresários não fossem preconceituosos, em tese, não haveria razões para pagar uma bonificação com o objetivo de manter homens brancos, porquanto poderiam contratar negros ou mulheres igualmente qualificados e menos dispendiosos. Com isso, remanesce a questão de como poderia a discriminação do empregado sobreviver se as empresas são organizações que maximizam o lucro. Uma resposta exequível é que os homens constituem uma grande parcela da força de trabalho, de forma que é difícil imaginar a produção sem eles. Além disso, a pressão para que negros e mulheres sejam empregadas fora de certas ocupações ditas tradicionais é relativamente recente, de maneira que os homens brancos contratados sob uma série de promessas implícitas relativas às suas possibilidades de promoção futura devem agora ajustar-se a um novo conjunto de competidores na disputa de posições dentro da empresa. As empresas percebem, então, que a mudança de suas práticas envolve a renegação de promessas passadas, e a perda do moral entre funcionários de longa data pode impor-lhes prejuízos, se houver declínio na produtividade ou no compromisso com a companhia. Logo, as empresas podem se acomodar às preferências pela discriminação entre seus funcionários, pois se a discriminação do empregado se mostra onerosa aos empresários, livrar-se deles também o é.

Uma maneira de acomodar-se à discriminação do empregado está em fazer contratações à base segregada, de forma que empregados oriundos de espaços demográficos diferentes tenham de interagir. Embora, em geral, não seja economicamente viável segregar completamente uma empresa, é possível segregar trabalhadores por cargo. Assim, tanto o modelo de discriminação do empregado quanto o do consumidor ajudam a explicar, em boa medida, a constatação de que há empregadores que contratam apenas mulheres, apenas negros ou apenas homens brancos para alguma função específica, mesmo que outros empregadores contratem membros com características distintas para a mesma tarefa.

2.2.2 O Modelo de Discriminação Fundamentado no Poder de Mercado

Um segundo tipo de modelo econômico que busca explicar a discriminação laboral de negros e mulheres se baseia no comportamento do empregador-demandante com poder de mercado, num contexto em que as ofertas de trabalho de homens brancos, negros e mulheres tenham distintas elasticidades: o caso mais extremo é o do demandante único, que daria lugar ao aparecimento de um problema como o monopsonio. De acordo com tal modelo, não é necessário que o empresário tenha preferência por qualquer tipo de discriminação para que ela possa se manifestar: ainda que o empresário não suponha, em princípio, nenhum custo

não monetário ao contratar negros ou pessoas do sexo feminino, o resultado continua sendo a existência de um hiato salarial (PATINO, 2005, p. 105-108).

Uma das hipóteses-chave neste desenvolvimento é que a curva da oferta do trabalho feminino, por exemplo, seria menos elástica do que a do masculino, em decorrência, teoricamente, da menor mobilidade tanto geográfica quanto ocupacional das mulheres: se é certo que as mulheres possam preferir manter seus postos de trabalho no mesmo lugar em que os seus cônjuges os têm e que as mulheres estejam confinadas a um reduzido número de ocupações em comparação com as dos homens, isso implicaria que, ante uma redução de salários, haveria mais homens do que mulheres propensos a abandonar seus trabalhos em busca de outros.

Se esse efeito não se mostrar relevante numa abordagem mais ampla, existe ao menos outro argumento que pode produzir o mesmo efeito: já que as mulheres são mais sensíveis que os homens a mudanças com origem no lar – nascimento de filhos, enfermidades familiares etc. – sua rotação também é maior, tornando possível que os empregadores as ofereçam menos oportunidades no trabalho. Isso implica, por sua vez, que as mulheres tenham menos incentivos a investir em capital humano, o que limita suas escolhas ocupacionais, podendo dar lugar a que sua oferta de trabalho seja percebida pelos empregadores de forma mais inelástica. Em suma: subentende-se que haja menor sensibilidade da oferta de trabalho das mulheres às variações dos salários do que a dos homens, e num modelo que considere a ocorrência de monopsonio, espera-se que o empregador que busque maximizar seus lucros venha, de fato, a pagar um salário maior aos homens do que às mulheres.

A primeira implicação deste modelo é que o salário dos trabalhadores masculinos é maior do que seria na ausência de diferenciação por sexos, enquanto que o das mulheres é inferior ao salário dos homens na hipótese em que houvesse igualdade. Outra implicação interessante – e uma diferença fundamental entre este modelo e o anterior – é que a discriminação permite à empresa aumentar seus lucros, uma vez que contrata o mesmo número total de trabalhadores que no caso da não discriminação e, por isso, já que se supõe que ambos os grupos sejam igualmente produtivos, obtém a mesma produção e a mesma renda total em ambas as situações, apesar de que, no caso de discriminação por sexo, os custos salariais totais sejam mais baixos.

Como se disse mais acima, não é preciso uma preferência pela discriminação das mulheres para justificar os resultados deste modelo: o empresário monopsonista discriminará porque assim obtém maiores lucros. Observa-se, por conseguinte, que no caso de um empresário desse tipo vir a atuar num mercado de competição perfeita para seus produtos, sem que discrimine, embora os seus concorrentes o façam, seus custos salariais serão mais elevados que os daqueles e, em decorrência, acabaria por ser expulso do mercado pelos seus rivais discriminadores. Pode-se constatar que esse resultado é o oposto do modelo de Becker, analisado anteriormente, além de mais pessimista quanto à persistência da discriminação: enquanto aquele prevê que a busca de lucros, por parte dos empresários, reduz a discriminação no médio ou longo prazos, este modelo de monopsonio sugere que pode não existir qualquer razão para que as forças de mercado reduzam a discriminação, resultado que parece colidir menos com o que se observa na prática.

Ainda que seja certo que possam existir argumentos teóricos em favor da hipótese de menor elasticidade associada à oferta de trabalho feminino, também se pode defender, em contraposição, que tal argumento resulta muito menos convincente quando se considera a alternativa de dedicação ao trabalho doméstico: mesmo que a mobilidade ocupacional e geográfica das mulheres seja inferior à dos homens, ante uma baixa de salários, pode ocorrer que um número relativamente grande de mulheres abandone a população economicamente ativa para dedicar-se ao trabalho doméstico, de modo que a resposta quantitativa ante a variação possa ser tão grande ou, inclusive, maior que a dos homens ou, em outros termos, sua curva de oferta de trabalho seja igual ou mais elástica.

2.2.3 O Modelo de Discriminação Estatística

Em termos gerais, a discriminação estatística se reporta a uma situação que surge quando se avalia uma pessoa em função das características médias do grupo ao qual pertence, em vez de suas próprias características pessoais. Trata-se da conduta de empresários que não tendo informação perfeita acerca dos trabalhadores que planeja contratar – em razão de que as solicitações de emprego e as provas de seleção oferecem uma informação inevitavelmente limitada que não permite predizer com exatidão a produtividade do trabalhador – suprem a informação desconhecida com as características médias do grupo a que pertencem. O resultado é que os empresários utilizam, para decidir sobre contratações, características subjetivas ou pessoais – a exemplo do gênero, da raça ou da idade – como variáveis indicativas de atributos relacionados à produção que não são discerníveis

facilmente, conduzindo a dois possíveis tipos de condutas discriminatórias, em função de que venham a afetar os indivíduos em particular ou o grupo inteiro (PATINO, 2005, p. 108-111).

Primeiramente, no caso mais simples da discriminação estatística individual, é possível que os trabalhadores cuja produtividade real seja maior que a média do grupo sejam avaliados pelas características médias deste, vendo-se com isso discriminados frente a outros trabalhadores de grupos diferentes, possivelmente inclusive com menor produtividade real, os quais se veriam assim beneficiados por pertencer a um grupo com produtividade média mais elevada. Logicamente, a ocorrência deste tipo de discriminação não é a que dá lugar a diferenças salariais entre os distintos grupos, senão que tais diferenças surgem precisamente devido a que existem diferenças de produtividade entre eles.

Por seu turno, a denominada discriminação estatística por grupo pode ocorrer nos casos em que os empresários sejam avessos a risco e a informação de que dispõem acerca dos indivíduos de cada grupo tenham distintas confiabilidades. Nessas circunstâncias, ainda que a produtividade real média dos diferentes grupos de trabalhadores fosse a mesma, cabe esperar que, para o mesmo salário, os empresários prefiram contratar os trabalhadores do grupo com menor dispersão ou, dito de outro modo, estejam dispostos a contratar, indiferentemente, trabalhadores de ambos os grupos somente se o salário dos trabalhadores do grupo com maior dispersão for mais baixo.

A título de exemplo, quanto ao que se refere à discriminação por gênero, é possível que certos empresários suponham que as mulheres, na média, tenham mais probabilidade que os homens de abandonar o emprego, quer em função da maternidade ou mobilidade ocupacional de seus cônjuges, quer em razão de sua formação técnica média menor para a realização de determinadas atividades. Em ambos os casos, o empresário poderia atribuir um menor valor líquido à produtividade média esperada para as mulheres do que para os homens, oferecendo a todas e a cada uma delas um salário mais baixo que o destes últimos, configurando assim discriminação individual contra aquelas mulheres cuja produtividade seja maior que a média, ou contra aquelas que não planejam ter filhos ou que não pensam em deixar o trabalho caso o possuam. Porém, ainda que se atribua a ambos os grupos a mesma produtividade média esperada, se o empresário for avesso ao risco, é possível que prefira contratar homens se a dispersão dos indivíduos dentro do grupo for menor que a do grupo de mulheres e, portanto, a informação de cada indivíduo homem se mostra mais

confiável que a de cada indivíduo mulher, incorrendo dessa forma em discriminação por grupo e oferecendo, em definitivo, um salário mais baixo às mulheres que aos homens.

No modelo exposto de discriminação estatística, distintamente dos de preferência pela discriminação e de poder de mercado, não se mostra necessária uma inclinação discriminadora *ex ante* por parte do empresário, senão que sua atuação obedeça a critérios racionais sob um ponto de vista econômico que se plasmem em decisões rentáveis, em informação média e em sua aversão a risco. Óbvio está que os empresários obterão maiores benefícios se minimizarem seus custos de contratação, de forma que dado que a obtenção de informação minuciosa sobre cada solicitante de emprego é custosa, a aplicação das características médias percebidas no grupo a que pertencem os demandantes de emprego pode ser um meio globalmente mais barato de selecionar trabalhadores do que a obtenção daquela informação. Esse resultado leva a outro novamente próximo ao do modelo de monopsonio e o afasta do de preferência pela discriminação: esta pode persistir no tempo se os empresários que a praticam têm menores custos, não havendo em tal caso quaisquer razões para que as forças de mercado a façam diminuir ou desaparecer, tampouco oferecendo, se a sociedade de fato considera inaceitável a ocorrência de discriminação por gênero, uma justificação à intervenção do setor público para fazer face ao problema.

Outra ponderação que se poderia declinar é a de que se há empresários capazes de realizar uma valoração mais precisa da produtividade dos trabalhadores individuais, serão capazes, também, de selecionar as mulheres mais produtivas – oferecendo-lhes inclusive um salário maior que o do mercado – para substituir os homens menos produtivos, beneficiando-se, ao menos temporariamente, de certo excedente sobre o valor dos ganhos em produtividade. Nessas circunstâncias, pode-se ver que o empresário discriminador incidirá em certos custos derivados dos erros estatísticos na contratação, traduzidos na seleção de trabalhadores menos produtivos e, assim, verá como se reduz sua posição competitiva em favor dos empresários que não cometam tais erros. Por outro lado, se o grau de aversão a risco dos distintos empresários é diferente, também o será o prêmio de risco que atribuirão à contratação de trabalhadores em condição de incerteza, de tal forma que, sob a abordagem *cæteribus paribus*, os empresários menos avessos a risco ganharão, em média, competitividade em comparação aos mais avessos a risco.

2.2.4 *O Modelo de Concentração ou de Segregação Ocupacional*

A concentração ou segregação ocupacional se refere a um fenômeno ratificado pela evidência empírica em muitos mercados laborais: a aglutinação, de mulheres e negros, em um número relativamente reduzido de ocupações, quase sempre menos desejáveis e de menor remuneração. As estatísticas indicam que as mulheres estão desproporcionalmente concentradas em trabalhos como o ensino, a enfermagem, o secretariado e serviços de escritório. Já os negros aparecem com mais frequência em serviços de lavanderia e limpeza, em trabalhos auxiliares domésticos e em atividades agrícolas ou braçais (MCCONNELL; BRUE; BARBIERO, 2003, p. 404).

Ainda que não seja infrequente defrontar-se com algumas explicações teóricas, para tal ocorrência, baseadas na oferta de trabalho e relacionadas, no geral, à desutilidade imputada às mulheres quando estas vêm a ocupar postos para os quais a cultura predominante no setor seja masculina, são maioria as explicações que atentam para o comportamento empresarial, ainda que nem aquelas nem estas resultem de todo convincentes. Primeiramente, não se pode descartar a hipótese de que os empresários tenham ideias preconcebidas sobre a capacidade das mulheres, de acordo com o que sugere a teoria da discriminação estatística. De mais a mais, é possível lançar outras hipóteses relacionados à produtividade do trabalho e à maximização do benefício, segundo as quais a discriminação sob comento estaria bastante associada à incorporação do trabalhador num grupo ou equipe e existem comportamentos discriminatórios nos membros desse grupo, de forma que, por exemplo, os homens apresentem certa aversão a trabalhar junto a mulheres ou a cumprir suas ordens. Em qualquer caso, o resultado é uma situação em que há barreiras à entrada de mulheres em algumas ocupações, ainda que sua potencial produtividade nessas atividades, na ausência de qualquer outra consideração, seja a mesma que a dos homens (PATINO, 2005, p. 111).

2.3 Análise de Oferta: os limites indefinidos entre fatores não discriminatórios e a discriminação indireta¹¹³

Para a teoria econômica neoclássica, não há dúvidas de que, em certas ocasiões, a existência de diferenças salariais ou de outras condições de trabalho entre indivíduos de

¹¹³ A discriminação indireta está associada ao impacto adverso sobre os grupos atingidos – negros, mulheres, idosos etc. – de determinadas práticas laborais aparentemente neutras que, não obstante, condicionam suas possibilidades de permanência e de promoção no mercado de trabalho (SERRANO; GARZÓN, 2007, p. 15).

distintas raças ou gêneros se deve, em substancial medida, a **fatores não discriminatórios**, já que se considera que é a escolha voluntária de certas variáveis que os leva a uma posição econômica inferior à dos homens brancos¹¹⁴. Com efeito, trata-se da aplicação da **teoria da escolha racional** no contexto da discriminação: é possível que a inferioridade econômica, associada à raça ou ao gênero, se deva essencialmente a decisões racionais, tomadas livremente por negros ou mulheres, que são fruto do dilema pessoal em que se encontram (PATINO, 2005, p. 112-113).

No caso especial das mulheres, ao ponderar entre o exercício de uma profissão e o papel tradicional de cuidado dos filhos e do lar, algumas mulheres tomam decisões relativas a investimento em capital humano, a horas de trabalho e à localização do emprego que as levam a ganhar menos e a participar em ocupações e postos de trabalho inferiores aos dos homens, sem que se possa falar nestes casos de discriminação em sentido estrito.

De qualquer forma, se tais decisões não são tomadas à luz da racionalidade e da liberdade de escolha do trabalhador, então os mesmos fatores de oferta já mencionados seriam indicativos de uma situação discriminatória, já que de alguma maneira se lhe estaria limitando o acesso às oportunidades de aumentar sua produtividade ou sua incorporação a postos de trabalho nos quais o salário esteja mais de acordo com a sua capacidade produtiva. O principal problema dessa formulação é a dificuldade de identificar a existência de um comportamento discriminatório contra negros e mulheres tal como o descrito.

Alguns dos fatores capazes de explicar a existência de diferenças nas condições laborais de homens e mulheres, sem que tais diferenças impliquem discriminação para a segunda categoria, são os desenvolvidos nos tópicos seguintes.

¹¹⁴ De certo modo, evidencia-se aqui o dilema entre explicações que dão primazia ao caráter necessário de certas relações de causa e efeito e outras que resultam do amplo leque de possibilidades que resulta da complexidade do meio social. Como bem observa Guerreiro Ramos, em acurada crítica contra as posições dos analistas mais afinados com o que denomina como a **teoria da necessidade**, “[...] a ciência social não pode ser científica se ela equipara o ‘ocorrido’ com o necessário, isto é, se ela não reconhece que existe na causação histórica ou social um lugar para a opção humana” (GUERREIRO RAMOS, 2009, p. 48). Outra coisa bastante distinta são os **excessos de racionalidade** de que lançam mão determinados construtos teóricos da ciência econômica para fundamentar, matematicamente, suas conclusões indefectivelmente necessárias, desconsiderando que, no campo das ações humanas, o irracional pode emergir num amplo espectro.

2.3.1 Escolha de Especialização e Divisão Sexual de Trabalho

Este fator diz respeito à decisão da mulher quanto à sua possível participação no mercado de trabalho, a qual pode responder a um princípio de especialização e divisão sexual do trabalho na família: a hipótese de partida é a de que as mulheres têm vantagens comparativas para os cuidados do lar e dos filhos em relação aos homens, vantagens que Becker trata de explicar a partir das distinções biológicas entre ambos os sexos. Se assim for, uma família composta por membros de ambos os sexos atuará de forma eficiente se atribuir a maior parte do tempo dos membros femininos a cuidar do lar e a maior parte do tempo dos membros masculinos a trabalhar fora dele. De forma particular, numa família composta unicamente por um homem e uma mulher produzir-se-á o resultado de que somente o homem trabalhará fora do lar (PATINO, 2005, p. 113).

2.3.2 Decisões Relacionadas ao Capital Humano

A decisão de participação da mulher no mercado de trabalho está também relacionada com a aquisição de **capital humano**, sobretudo devido ao fato de que o papel tradicional que as mulheres desempenham no cuidado dos filhos e do lar pode significar que sua participação nesse mercado resulte descontínua e, em maior ou menor medida, incerta, o que acarreta certas implicações que afetarão essencialmente o seu *status* econômico. Se assim for, pode-se esperar que rendimento dos investimentos das mulheres em capital humano seja inferior ao dos homens, havendo alguma racionalidade caso decidissem investir menos em educação e formação. Por outro lado, prevendo que sua rotação seja maior entre períodos de trabalho e de não trabalho, é possível que os empresários invistam menos na formação das mulheres. A consequência em ambos os casos é uma menor produtividade e, portanto, ganhos menores que os dos homens. Além disso, o estoque de capital humano que as mulheres possuem pode se deteriorar quando saem da população economicamente ativa, especialmente se ocorrerem avanços tecnológicos significativos nesse período; quando se reincorporarem, serão menos produtivas e suas rendas novamente menores. Também se tem assinalado a possibilidade de uma segregação ocupacional voluntária como resultado de uma escolha racional: algumas mulheres, prevendo que não permanecerão ininterruptamente na população economicamente ativa, podem inclinar-se por ocupações de algum modo complementares à atividade produtiva no lar, tais como o ensino básico, a enfermagem, o secretariado, os serviços de alimentação e os trabalhos de escritório (PATINO, 2005, p. 114-115).

2.3.3 Decisões Relacionadas com a Adaptação dos Postos de Trabalho às Preferências

Também é possível que as decisões das mulheres estejam relacionadas com a adaptação dos postos de trabalho às preferências. Os postos de trabalho se diferenciam por fatores como o *status* social, as horas de trabalho, a localização ou o risco de sofrer acidentes laborais, ao passo que os trabalhadores têm distintas preferências pelo trabalho. Essa teoria associa as diferenças de salário ou de condições laborais a decisões relacionadas com tais diferenças. É razoável supor, por exemplo, que as mulheres atribuam mais valor que os homens a uma jornada laboral menor, à segurança no trabalho, à proximidade do local do emprego ao lar etc., seja sob o ponto de vista direito seja através do fenômeno da segregação ocupacional (PATINO, 2005, p. 117).

Becker propôs uma explicação alternativa: levando em conta que as mulheres continuam sendo, em grande medida, responsáveis pelo cuidado dos filhos e dos trabalhos domésticos, e considerando que tais atividades requerem um grande esforço, seria razoável esperar que as mulheres buscassem ocupações com menor intensidade de trabalho. É lógico que isso venha a pressupor menores salários, tanto porque seria esperável que o mercado venha a retribuir melhor as tarefas com mais dispêndio de esforço, quanto porque nas atividades que as mulheres são capazes de buscar com as características mencionadas pode se dar o fenômeno da segregação.

2.3.4 Fatores Não Discriminatórios como Resultado de Comportamentos Discriminatórios no Mercado de Trabalho

Acabaram de ser apresentada uma série de argumentos capazes de explicar diferenças nos salários de homens e mulheres, sem que isso represente discriminação. Nada obstante, não se pode descartar a hipótese de que algumas decisões que são assumidas como tomadas livremente pelas mulheres podem ser o resultado de uma situação discriminatória pré-existente mais ou menos difusa, o que faria supor uma mudança na relação causa-efeito implícita nos argumentos anteriormente expostos, assim como na atribuição de um papel importante à figura da discriminação na explicação das decisões – já não tão livres – que as mulheres tomam em relação ao mercado de trabalho e, por via de consequência, nas diferenças de ganhos e condições laborais (PATINO, 2005, p. 117-119).

Considere-se, por exemplo, o referido caso das decisões relacionadas ao capital humano: pode-se imaginar que a razão pela qual as mulheres investem menos em educação e

formação esteja exatamente associada à discriminação que existe no mercado de trabalho e nas disparidades de renda. Ademais, uma vez que há discriminação, a decisão das mulheres de abandonar a população ativa durante períodos mais ou menos longos de tempo pode ser consequência do baixo custo de oportunidade que isso supõe. Sob outro enfoque, a baixa remuneração no mercado de trabalho, as escassas oportunidades laborais ou o trabalho em condições de discriminação aumentam o atrativo relativo do trabalho no lar e fazem mais provável a racionalidade da decisão de não trabalhar. Sem embargo, na ausência de discriminação poderia ser racional buscar ajuda externa para realizar os trabalhos domésticos ou para cuidar dos filhos, permanecendo, desse modo, ininterruptamente na população ativa. A partir desse ponto de vista, é possível entender a discriminação laboral como a causa de as mulheres escolherem certos níveis de investimento em capital humano, certos empregos e ocupações e o abandono do mercado de trabalho durante longos períodos, com todas as repercussões que isso impõe, por sua vez, sob o ponto de vista laboral.

Ante a evidência de que é cada vez maior o número de mulheres que investem em capital humano em níveis parecidos aos dos homens, sustenta a teoria da escolha racional que a explicação de sua situação inferior no mercado de trabalho se deve a que a formação que têm adquirido é distinta em termos qualitativos, vale dizer, é devida à sua falta relativa de interesse e de formação em disciplinas matemáticas e quantitativas, que são a base para aceder a profissões melhor remuneradas. O contra-argumento a essa tese incorpora a ideia de que é razoável que as mulheres tenham menos formação matemática que os homens por causa da discriminação indireta ou pré-mercado, haja vista que a socialização e o assessoramento nos estudos e a contratação com fulcro nos estereótipos podem havê-las distanciado desse tipo de formação e as encaminhado até os trabalhos hipoteticamente femininos.

Em definitivo, a discriminação enceta uma complexa inter-relação entre a causa e o efeito. As diferenças entre homens e mulheres no que pertine às decisões relacionadas a investimento em capital humano e à escolha da ocupação podem ser decorrentes da discriminação no mercado de trabalho e ser, ao mesmo tempo, uma causa dessas diferenças.

2.3.5 *Fatores Não Discriminatórios como Resultado de Comportamentos Socioculturais Discriminatórios*

Seguramente, todos os argumentos até agora levantados para explicar diferenciais de salário entre homens e mulheres no mercado de trabalho, não associados a condutas discriminatórias¹¹⁵, em face de decisões racionalmente adotadas pelas mulheres, partem de premissa comum: são fruto do dilema pessoal entre o exercício de sua profissão e o papel tradicional de cuidado dos filhos e do lar. Como corolário, na medida em que a mulher não disponha de plena liberdade de decisão ou, em outros termos, o referido dilema não tenha conotação pessoal, mas que seja imposto pelo ambiente sociocultural em que se encontra, poderá se falar de discriminação, ainda que a sua origem transpasse as fronteiras do mercado e da economia (PATINO, 2005, p. 119).

2.4 O Fenômeno da Discriminação Salarial Observado pelas Estatísticas e Pesquisas Empíricas

No Brasil, o problema da discriminação de negros e mulheres no mercado de trabalho foi pesquisado por diversos autores, mediante o emprego de distintas técnicas e modelos econométricos, obtendo-se, ao final, estimativas com maior ou menor apuro, resultando em explicações nem sempre convergentes para os números então obtidos. Esta seção versará detidamente, embora não apenas, sobre a forma de discriminação expressa pelo diferencial de salários de negros e mulheres quando em comparação ao de homens brancos.

2.4.1 *Breve Descrição da Modelagem Mais Empregada para Mensurar o Fenômeno da Discriminação Salarial*

Antes de discorrer sobre a evidência de magnitude e persistência do diferencial de salário por motivo de raça e gênero, descrever-se-á sucintamente neste tópico como os economistas mensuram a discriminação no mercado de trabalho.

¹¹⁵ A rigor, além da hipótese de diferenciais associados à maior ou menor detenção de capital humano, outra menos frequente aparece nas obras de referência sobre a matéria: a de diferenciais compensatórios. Nicholas Gregory Mankiw (2005, p. 413), economista norte-americano, chega às raízes do sarcasmo quando, ao ilustrar alguns casos em que ocorre diferencial compensatório de salários, em decorrência de distintas características não monetárias dos vários empregos – como os do trabalho noturno ou de exploração de minas, que são remunerados acima da média por suas características, respectivamente, indesejáveis ou perigosas –, menciona o professorado, exatamente uma das atividades em que mais as mulheres têm presença, especialmente no nível fundamental e na aplicação das técnicas de ensino/aprendizagem. Afirma ele que o fato de os professores ganharem menos que os advogados e os médicos, com similar nível de instrução, resulta do maior nível de satisfação intelectual e pessoal que usufruem em seus empregos.

Sob o ponto de vista metodológico, a análise dos diferenciais e o dimensionamento da discriminação salarial têm evoluído com contribuições cada vez mais ajustadas aos mercados de trabalho pesquisados. Nesse contexto, a metodologia clássica concebida por Ronald L. Oaxaca, baseada na estimação de equações distintas dos salários para, por exemplo, homens e mulheres ou negros e brancos, continua sendo a referência fundamental¹¹⁶ (SERRANO; GARZÓN, 2007, p. 31-32).

O modelo de Oaxaca se propõe a quantificar a parcela do diferencial de salário que resulta das diferenças de produtividade entre homens e mulheres ou entre negros e brancos, e qual é consequência de discriminação contra essas categorias. Com efeito, ele oferece uma decomposição da diferença salarial entre as partes eventualmente explicáveis pelos distintos dotes de características pessoais e laborais de trabalhadores e trabalhadoras, sendo então a parte residual não explicável atribuída ao processo de discriminação salarial.

Partindo do fato de que, em um mercado de trabalho competitivo, segundo as proposições da ciência econômica, o salário deve corresponder, em valor, ao produto marginal do trabalho do empregado, há necessidade de se conhecer previamente os níveis de produtividade de homens e mulheres, componentes esses de difícil observação direta. Para contornar esse impedimento, Oaxaca recorreu a determinadas características observáveis que influenciam a produtividade dos trabalhadores, a saber: (i) pessoais – como a educação, o estado de saúde, o estado civil e a experiência; e (ii) laborais – como a sindicalização, o ramo de atividade, a ocupação, a jornada de trabalho etc.

O modelo de regressão desenvolvido por Oaxaca explica o salário recebido em função dessas variáveis, com o objetivo de detectar quais delas são estatisticamente significativas e de estimar a remuneração que o mercado outorga a cada uma delas. O modelo então se decompõe em duas equações de salários, uma para homens e outra para mulheres (ou uma para negros e outra para brancos etc.), que são estimadas por mínimos quadrados ordinários.

¹¹⁶ Mais ou menos desenvolvidos, os modelos empregados partem todos praticamente da mesma hipótese: não há remuneração similar para as características pessoais e laborais das pessoas, especificamente quanto à raça e ao gênero, o que motiva a estimação de equações de salários distintas para as diferentes categorias (SERRANO; GARZÓN, p. 12).

O método empregado por Oaxaca consiste em estimar a discriminação da mulher, por exemplo, a partir do cálculo do que ela receberia se suas características fossem remuneradas de modo semelhante às do homem. Considerando, então, que a remuneração do homem não contém viés discriminatório, Oaxaca introduz na equação de salários masculina as características pessoais e laborais da mulher, obtendo então o que seria o salário feminino sem a incorporação da discriminação. Desse modo, se pode calcular, por simples comparação entre esse cálculo preditivo e a estimativa do salário médio feminino, a parcela da diferença salarial que tem sua origem na discriminação por gênero.

A incorporar algumas modificações no modelo Oaxaca, Alan S. Blinder passa a considerar não apenas variáveis pessoais e laborais, mas também familiares, passando então a classificá-las em endógenas – como a educação, a ocupação, a sindicalização, a antiguidade e a experiência – e em exógenas – tais quais a saúde, a idade, a residência, as condições de mercado de trabalho local e outras variáveis familiares –, conforme possam ser atribuídas à faculdade de escolha do indivíduo ou não.

Blinder, então, efetua duas estimações, a partir de dois sistemas distintos de equações: (i) um sistema de variáveis endógenas estimadas separadamente em função das variáveis exógenas, para posterior inclusão, como variáveis explicativas, conjuntamente às próprias variáveis exógenas, nas equações de salários; e (ii) equações de salários explicados somente por variáveis exógenas.

Tal como no método de Oaxaca, o salário permanece como a variável a ser explicada, sendo as equações estimadas de forma separada para homens e mulheres. A diferença salarial se decompõe, então, em duas partes: uma parte atribuível aos diferentes dotes de homens e mulheres, e outra procedente dos distintos preços pagos a homens e mulheres por características semelhantes e da qual decorre a discriminação salarial.

2.4.2 Os Resultados de Algumas Pesquisas Empíricas

Empregando inúmeras técnicas e modelos, muitos são os estudos que concluem pelo aumento da discriminação remuneratória contra negros e mulheres conforme se avança na distribuição salarial no mercado de trabalho. Outras tantas pesquisas de estática comparativa estimam que o diferencial de salários por motivo de raça e gênero vem caindo ao longo das últimas décadas, fato que pode ser atribuído, segundo **Lauro Ramos** (2009, p. 418), ao avanço do nível de escolaridade dos trabalhadores, assim como à progressiva eliminação

de distorções de remuneração potencialmente associadas a práticas discriminatórias, a engendrar efeitos benignos em termos de promoção de igualdade na distribuição de rendimentos no âmbito do mercado de trabalho.

Tomando como exemplo as conclusões da investigação desenvolvida por **Otávio Bartalotti** (2007, p. 5), verifica-se que a ordenação da escala de discriminação existente parte dos homens negros às mulheres brancas e, destas, às mulheres negras. Estas últimas sofrem da junção das discriminações por gênero e cor. Reconhecendo, desse modo, que as mulheres negras estão em pior condição entre os grupos discriminados, Bartalotti (2007, p. 62) propugna por políticas de ampliação de acesso a atributos como educação universal – ratificando neste aspecto os benefícios a ela atribuídos por Lauro Ramos – e formalização.

As mulheres sofrem discriminação não apenas quanto à sua chegada a cargos no topo da distribuição, como também em qualquer ponto da distribuição de renda. Sugere Bartalotti (2007, p. 61-62) que políticas para a redução dos diferenciais em questão não deveriam, em tese, ser focadas na obtenção de atributos pelas mulheres – com exceção entre os 20% mais pobres da população feminina branca –, senão no combate ao preconceito contra as mulheres de um modo geral.

Observa-se que a educação não conhece a devida valorização na escala de determinação salarial dos negros de ambos os sexos, fato não verificável entre as mulheres, haja vista que recebem remunerações maiores ou iguais às dos homens em boa parte da distribuição salarial, quando esse quesito é levado em consideração, exceto entre os níveis salariais mais elevados (BARTALOTTI, 2007, p. 62).

Como a convalidar determinadas hipóteses levantadas pelas teorias econômicas sobre a discriminação no âmbito laboral, Bartalotti (2007, p. 63) aduz que a menor remuneração recebida pelas mulheres em face de sua experiência, mensurada pela idade, pode ser em parte resultante das intermitências destas no mercado de trabalho, como consequência de suas atribuições no ciclo reprodutivo e dinâmica familiar.

Bartalotti (2007, p. 64) conclui o seu estudo com uma observação que corrobora eventual hipótese que se poderia extrair de uma observação meramente empírica da realidade brasileira: que o setor público discrimina menos que o privado em termos de acesso e remuneração, uma vez que as regras de contratação e a isonomia por cargo previnem tanto a

discriminação por raça quanto a discriminação por gênero, sendo, por isso mesmo, as mulheres negras as mais beneficiadas.

Outros estudos, como o de **Regina Madalozzo** (2010, p. 147), apontam para a incursão das mulheres em ramos de atividade até então tradicionalmente ocupadas por homens, ainda que haja permanência do predomínio de mulheres em profissões em que a presença feminina é costumeira, como que a confirmar a existência de segmentação por gênero no mercado de trabalho brasileiro.

Fernandes, Herskovic e Mation (2009, p. 17), embasados em teorias que a tem como hipótese de trabalho, encontraram resultados que sugerem a ocorrência de discriminação estatística contra as mulheres no mercado laboral pátrio, sobretudo em face de diferenciais crescentes numa faixa etária comum ao matrimônio e à reprodução, compatível ademais com a presunção de reduções no salário médio devido ao aumento do número de mulheres com filhos e, por isso, menos produtivas, em cada grupo analisado.

Sem a pretensão de esgotar todo o espectro de fatores elencados como passíveis de acarretar influências sobre o diferencial de salários entre os gêneros e raças, o **Quadro 2**, apresentado ao final desta seção, inventaria algumas das principais pesquisas realizadas sobre o tema, com seus objetivos e conclusões. Dentre elas, sobressai o estudo levado a efeito por **Scorzafave e Pazello** (2007, p. 536 e ss.), em razão de seu caráter meio contrastante em relação às demais pesquisas.

Sublinham os autores as limitações do já mencionado método de Oaxaca-Blinder, que decompõe o diferencial de salários entre diferentes grupos (homens e mulheres, brancos e negros) em dois componentes distintos: (i) um relacionado a diferenças nas características observáveis dos grupos, tais como o fato de homens serem mais bem remunerados do que as mulheres em razão de serem mais educados ou terem mais experiência (**diferencial explicado**); e (ii) outro associado aos diferentes retornos do mercado às características entre os grupos, tal como ocorre se há diferenças remuneratórias mesmo sendo as mulheres tão educadas e experientes quanto os homens (**diferencial inexplicado**).

Atribui-se essa lacuna inexplicada à discriminação, muito embora a literatura sobre a questão seja controversa: o argumento contra essa ideia é de que somente se poderia afirmar que o referido diferencial resulta da discriminação se a estimativa houvesse considerado todas as variáveis que afetam os salários e exibem efeitos diferentes entre os

grupos. Claro está que é bastante difícil aceitar racionalmente que uma regressão específica possa garantir isso.

Além disso, no modelo de Oaxaca-Blinder, parte do diferencial atribuível a variáveis binárias (*dummies*) depende exatamente da escolha do grupo de referência. Por outro lado, a fração global dos diferenciais explicado e inexplorado não é afetada por esse problema, o que, em última análise, acarreta indeterminação ao modelo, dificuldade essa solucionada pelo procedimento de Yun, por meio da estimativa de equações normalizadas, a partir da condição de contorno de que a soma de todas as *dummies* seja igual a zero.

Fato é que a maioria dos estudos já realizados para o mercado de trabalho brasileiro, a empregar o modelo de Oaxaca-Blinder, não contempla a ocorrência desse problema de indeterminação, retificação que Scorzafave e Pazello se propõem levar à frente ao aplicar tal solução normalizada ao caso brasileiro.

Assim, os resultados por eles alcançados via mera estatística descritiva confirmam a tendência, firmada em outros estudos, de redução no diferencial de salários entre homens e mulheres no Brasil desde a segunda metade da década de 80 do século passado. Em outras palavras, em 1988 os homens percebiam salários 47,5% maiores do que os das mulheres, contra 21,6% em 2004. Além disso, mesmo com a sensível melhora na situação educacional brasileira nesse interregno, as mulheres continuam a ser mais educadas do que os homens: em 2004, 21% delas tinham doze ou mais anos de escolaridade, contra apenas 14% dos homens. Outro ponto de interesse levantado por Scorzafave e Pazello é o fato de que aumentou a proporção de homens trabalhando em tempo parcial, ao tempo em que reduziu a de mulheres. Apesar disso, em 2004, ainda havia uma margem bastante em favor das mulheres nesse quesito: 14,5% contra 3,4%.

Os autores adotaram variáveis dependentes *dummies* para faixa etária, escolaridade, raça, região do país, tempo parcial (menos que vinte horas por semana), informalidade (não contribuição à previdência oficial) e área metropolitana. Com esses fatores em jogo, concluíram que se o modelo, de fato, contemplasse todas as características que explicam a diferença salarial acima apontada, decerto a evidência indicaria a existência de discriminação em favor dos homens. Todavia, a principal fonte de queda nessa diferença foi o declínio da magnitude da contribuição dos coeficientes – os retornos do mercado às características –, e não a variação nas características observáveis dos grupos.

As estimativas dos autores indicam que a escolaridade e a jornada de trabalho parcial foram as variáveis mais importantes para a redução do diferencial de salários. Assim, o fato de as mulheres serem mais educadas do que os homens e serem maioria em ocupações de tempo parcial tem contribuído de maneira decisiva para a redução do diferencial de salários entre os gêneros.

Por fim, a contribuição dos coeficientes para o diferencial de salários entre homens e mulheres apresentou resultados bastante discrepantes entre si, de acordo com a metodologia empregada no cálculo. Sob a decomposição tradicional de Oaxaca-Blinder, os resultados indicam que, embora o coeficiente para a idade contribua para reduzir o diferencial, o da escolaridade contribui para elevá-lo. Entretanto, quando se emprega a metodologia normalizada de Yun, tais efeitos passam ambos a atuar para a redução do diferencial, embora percam significância, ao mesmo tempo que a jornada em tempo parcial ganha relevância.

Quadro 2 - Inventário de Alguns Estudos Empíricos sobre Diferencial de Salários Realizados no Brasil entre 2005 e 2011

Autor(es) e Ano	Objetivo do Estudo	Metodologia Adotada	Fonte de Dados	Características Contempladas	Resultados Alcançados
Braga (2005)	Avaliar a existência de discriminação salarial por raça e sexo em diversos ramos de atividade e os impactos que o nível de escolaridade apresenta sobre esses diferenciais	Decomposição de Oaxaca-Blinder	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2003	Raça, sexo, salário, escolaridade, experiência, idade, estado civil, sindicalização e ramo de atividade das firmas (manufatura, construção, prestação de serviços e comércio de mercadorias)	A discriminação por raça e sexo é mais evidente pelas variáveis salário e nível de escolaridade na indústria de prestação de serviços; a atividade de comércio de mercadorias aparenta ter menos discriminação por razão de sexo do que as demais.
Carvalho, Neri e Silva (2006)	Avaliar a existência de discriminação salarial entre trabalhadores por motivo sexo e cor	Decomposição de Oaxaca corrigida pelo procedimento de Heckman	PNAD de 2003	Sexo, cor, escolaridade, experiência de trabalho, local de residência e idade	A estimativa do coeficiente de discriminação a partir da equação de salários corrigida pelo procedimento de Heckman é de 0,30 entre homens brancos e mulheres brancas, 0,18 para homens pretos/pardos e 0,95 para mulheres pretas/pardas.
Matos e Machado (2006)	Analisar os diferenciais de rendimento levando em consideração a discriminação por sexo e cor	Decomposição de Oaxaca-Blinder	PNADs de 1987 a 2001	Sexo, cor e escolaridade	No período analisado, tem-se reduzido o diferencial de salários entre homens e mulheres de mesma cor e a margem que ainda persiste em favor dos primeiros se deve somente a fatores associados à discriminação por sexo.
Ribeiro e Santos (2006)	Testar se há diferenciais de salários entre sexos não explicados por atributos produtivos e identificar o que ocorreria com diferenciais condicionais se o tratamento diferenciado de características pessoais fosse eliminado	Método de Mata e Machado para estimação de distribuições contrafactuais por meio de regressões quantílicas	PNAD de 1999	Sexo, idade e escolaridade	Há diferenciais não explicados pelos atributos produtivos; as mulheres deles beneficiam nos rendimentos mais baixos e são prejudicadas nos mais altos da distribuição, a indicar possível preconceito contra elas na cauda superior ("teto de vidro"); os retornos à educação são crescentes ao longo da distribuição condicional de salários.
Bartalotti (2007)	Avaliar a discriminação salarial por cor e gênero	Decomposição contrafactual por regressões quantílicas	PNAD de 2004	Gênero, cor, educação, experiência, localização geográfica, setor de atividade, formalização e posição na família	A discriminação salarial afeta sobretudo as mulheres negras, seguidas das mulheres brancas e dos homens negros; observa-se desvalorização da educação dos negros de ambos os sexos na determinação salarial; as mulheres sofrem alguma discriminação quanto à educação apenas nos níveis salariais mais elevados.
Scorzafave e Pazello (2007)	Avaliar o quanto a decomposição de Oaxaca-Blinder se mostra sensível à escolha dos grupos de referência quando variáveis binárias (<i>dummies</i>) são utilizadas como regressores	Método de Oaxaca-Blinder normalizado pelo procedimento de Yun	PNADs de 1988, 1996 e 2004	Sexo, raça, idade, escolaridade, região, trabalho em tempo parcial, informalidade e área metropolitana	As variáveis de tempo parcial e de escolaridade são as que mais explicam a diminuição do hiato salarial de gênero no Brasil entre 1988 e 2004; contudo, o principal motivo para essa redução foi o declínio da magnitude da contribuição dos coeficientes e não a variação nas próprias características observáveis.
Madalozzo (2008)	Analisar a distribuição ocupacional por sexo no Brasil entre 1978 e 2007	Modelo de Mincer com decomposição de Oaxaca	PNADs de 1978, 1988, 1998 e 2007	Sexo, cor, idade, região, educação, experiência e ramo de atividade	As mulheres têm penetrado em ocupações tradicionalmente masculinas, embora as ocupações tradicionalmente femininas ainda tenham prevalência; regressões por Oaxaca evidenciam que a diferença salarial entre homens e mulheres é menor do que em 1978 (15,4% em 2007), ainda que se tenha mantido estável durante a última década.

Segue na próxima página

Quadro 2 - Inventário de Alguns Estudos Empíricos sobre Diferencial de Salários Realizados no Brasil entre 2005 e 2011 (continuação)

Autor(es) e Ano	Objetivo do Estudo	Metodologia Adotada	Fonte de Dados	Características Contempladas	Resultados Alcançados
Batista e Cacciamali (2009)	Avaliar o diferencial de salários por sexo e condição de migração entre as regiões brasileiras	Índice de dissimilaridade de Duncan e decomposição de Oaxaca	PNAD de 2005	Sexo, cor, escolaridade, região, experiência, ocupação, posição na família, estado civil e filhos	A maior discrepância entre os rendimentos por gênero ocorre entre os migrantes; no Sudeste, contudo, essa discrepância é maior entre os não migrantes, o que, segundo os autores, constitui exceção entre as regiões brasileiras.
Fernandes, Herskovic e Mation (2009)	Investigar o diferencial salarial entre homens e mulheres ao longo da vida à luz do modelo teórico da discriminação estatística	Regressão paramétrica a atributos produtivos	PNADs de 1992, 1995, 1998, 2001 e 2007	Sexo, faixa etária, características produtivas, tempo parcial, região, ramo de atividade e ocupação do trabalho principal	Os resultados sugerem discriminação estatística contra as mulheres, sobretudo pelos diferenciais crescentes numa faixa etária comum ao matrimônio e fecundidade, sendo ainda compatível com a hipótese de reduções no salário médio devido ao aumento do número de mulheres com filhos e, por isso, menos produtivas.
Neri et al. (2009)	Estudar o diferencial de salários por gêneros entre as regiões brasileiras	Regressão quantílica	PNADs de 1996 e 2006	Gênero, raça, escolaridade, experiência, região, sindicalização e atividade	A s regiões que apresentam maior grau de desenvolvimento econômico também são aquelas que evidenciam uma distribuição de renda mais igualitária.
Prata e Pianto (2009)	Distinguir a parcela da desigualdade salarial atribuível à discriminação racial, daquela associada às diferenças nas características individuais ou de inserção nesse mercado	Simulação contrafactual microneométrica de Melly com regressão quantílica	PNADs de 1996 e 2006	Raça, escolaridade, experiência, idade, ocupação, setor de atividade e região	Em ambos os períodos de estudo, o diferencial de rendimentos aumenta à medida que se avança às faixas de renda mais altas, evidenciando-se uma discriminação crescente contra homens negros.
Vaz (2009)	Decompor a desigualdade de rendimentos em relação a diversas características	Índice de Theil	PNADs de 2004 e 2008	Sexo, raça, idade, região, escolaridade e posição na ocupação	A escolaridade explica 28,3% da diferença de rendimentos entre grupos em 2008, seguida pela posição na ocupação (21,1%), raça (7,0%) e idade (7,0%); a queda da desigualdade de rendimentos entre 2004 e 2008 é explicada, em 71,8%, pela escolaridade dos trabalhadores.
Coelho, Veszteg e Soares (2010)	Estimar os retornos educacionais e diferenciais raciais de salário para as mulheres	Regressão quantílica com correção semiparamétrica para vies de seleção amostral	PNAD de 2007	Gênero, cor, escolaridade	Os retornos educacionais são elevados e não são constantes ao longo da distribuição salarial, tanto estes quanto os diferenciais raciais são mais elevados nos pontos mais altos da distribuição de salário condicional, as mulheres negras enfrentam um "teto de vidro" nos níveis salariais mais altos.
Vilela, Araújo e Ribeiro (2010)	Analisar o diferencial de rendimentos por gênero e cor no Brasil entre 1998 e 2008	Regressão quantílica	PNADs de 1998 e 2008	Gênero, cor e faixa etária	Os resultados da pesquisa apontam que há discriminação por cor e gênero no mercado de trabalho brasileiro; tal discriminação é menor entre as gerações mais jovens comparativamente às mais velhas, de 40 a 49 anos.
Evartini et al. (2011)	Analisar se variáveis como cor, gênero, idade e educação são determinantes para a existência de diferenciais de salários dentro de seis categorias ocupacionais dos segmentos primário e secundário do mercado de trabalho	Regressão quantílica	PNAD de 2009	Cor, gênero, idade, escolaridade e categoria ocupacional	Serviços e produção são os segmentos em que a educação menos influencia os salários; os resultados sugerem preconceito por gênero e cor, mais acentuado em ocupações melhor remuneradas, como ciências e artes e dirigentes; a idade tem menor poder de determinação sobre os rendimentos nas distintas ocupações.

Fonte: Elaboração própria, segundo padrão de (VILELA; ARAÚJO; RIBEIRO; 2010, p. 4).

Comentários Finais ao Capítulo 2

A teoria econômica do trabalho menciona, com frequência, o fenômeno da discriminação salarial no mercado laboral, muito embora o tratamento que os autores fornecem ao problema revela não haver consenso sobre como ela deve ser compreendida no transcurso do tempo. Grande parte dos autores – Milton Friedman entre eles – interpreta a questão num contexto de mercados econômicos competitivos, tendente a eliminar, com o tempo, quaisquer diferenças salariais não decorrentes de diferenças de produtividade, tais como as atribuídas à discriminação, desde que as forças da concorrência não estejam em conflito com a legislação de salário igual para trabalho igual.

Sob essa perspectiva, a hipótese de Becker em relação à preferência pela discriminação, por parte do empregador, seria pouco plausível, uma vez que elevaria os custos de produção, pressionando as suas margens de lucro. Afinal, o mais razoável seria supor, se os empregador que discrimina for racional e, tanto quanto o que não o faz, persegue o lucro, que poderia muito bem se aproveitar do diferencial de salários para empregar negros pagando a eles menor remuneração. Por outro lado, se os clientes são, eles próprios, preconceituosos e dispostos a pagar para serem servidos por trabalhadores brancos, a hipótese inicial de que a concorrência erradica automaticamente a discriminação haveria de ser colocada à prova.

Problemas de consistência teórica como os mencionados nos parágrafos anteriores têm sido reportados com frequência na literatura especializada sobre essa linha de pesquisa, fato que, de resto, não passa despercebido por um de seus mais conhecidos especialistas, o norte-americano Glen G. Cain, que sintetiza muito bem o seu **estado da arte**:

A economia da discriminação é um assunto particularmente complexo. Meu julgamento é que as teorias de discriminação têm sido úteis para fornecer definições e sugerir medidas de discriminação, mas não para fornecer explicações convincentes do fenômeno, nem de seus padrões. O trabalho econométrico também tem sido útil, mas a meus olhos mais pelo seu conteúdo descritivo do que para testar hipóteses ou fornecer estimativas de relações causais¹¹⁷ (CAIN, 1986, p. 781).

¹¹⁷ No original: “*The economics of discrimination is a particularly complex subject. My judgment is that the theories of discrimination have been useful for providing definitions and for suggesting measurements of discrimination but not for providing convincing explanations of the phenomenon nor of its patterns. The econometric work has also been useful, but to my eyes more so for its descriptive content than for testing hypotheses or for providing estimates of causal relations*”.

Passa-se, agora, a uma incursão pelos meandros do modelo de Oaxaca-Blinder para mensurar o efeito-discriminação no mercado de trabalho, com o objetivo de ratificar ainda mais o que Glen G. Cain tão bem sintetiza sobre a matéria. Com efeito, Joseph G. Altonji e Rebecca M. Blank (1999, p. 3.156) e George J. Borjas (2005, p. 377-378) são unânimes em apontar as limitações da decomposição econométrica de Oaxaca para o diferencial de salários entre grupos. Segundo eles, é bastante controvertida a atribuição de discriminação ao segundo componente do modelo em foco, uma vez que outras variáveis de controle podem ter sido, inadvertidamente, desconsideradas, afetando desse modo o valor dos coeficientes da equação. Similarmente, seria enganoso rotular apenas esse segundo componente como o resultado da discriminação do lado da demanda por trabalho, uma vez que ela tem intercurso não apenas no mercado laboral, mas na sociedade como um todo, sendo um problema cultural, de forma que grande parte das características dos indivíduos nesse mercado é pautada por influências que lhe são extrínsecas.

Quanto à primeira objeção, Borjas (2005, p. 377) observa que raramente são passíveis de observação todas as variáveis que compõem o estoque de capital humano de um trabalhador. A maioria dos conjuntos de dados, por exemplo, fornece pouca informação acerca da qualidade da educação que ele recebeu, tendo em conta a *proxy* comumente utilizada no modelo de Oaxaca-Blinder, qual seja, o número de anos que o trabalhador frequentou a escola. Se os grupos em comparação frequentam sistematicamente instituições de ensino que variam em qualidade, a decomposição de Oaxaca gera uma medida parcial da discriminação. Adote-se que os negros frequentam escolas de qualidade inferior. Seria então precipitado deduzir, com fulcro apenas no número de anos de estudo regular, que um hipotético diferencial de salários entre negros e brancos com o mesmo nível de escolaridade evidencia a existência de discriminação, pois os trabalhadores, de fato, não estão igualmente qualificados. E mais: ainda que se introduzam no modelo todas as medidas específicas de habilidades que se possa imaginar, sempre haverá alguém a afirmar que foram omitidas variáveis tais como a capacidade, o esforço, a motivação e a movimentação laboral, e que tais variáveis são bastante diferentes entre os grupos.

Quanto ao segundo óbice, como salienta Borjas (2005, p. 377), a própria definição de discriminação salarial como diferencial de remuneração entre os grupos, não explicado por variações na qualificação de seus componentes, não vislumbra com suficiente precisão os efeitos de uma discriminação cultural que são prévios ao próprio mercado de trabalho. Afinal, pode-se presumir, mesmo intuitivamente, que investimentos diferentes em

escolas frequentadas majoritariamente por negros ou brancos têm o poder de influenciar diretamente na acumulação de capital humano dos diversos grupos, antes que estes venham a adentrar em sua vida produtiva. Daí se pode aduzir que o impacto econômico da discriminação não deve atribuir menos valor às diferenças de habilidades entre os grupos do que o deferido ao diferencial bruto de salários.

Borjas (2005, p. 377-378), por fim, discorre sobre a vida própria que a decomposição de Oaxaca tem em tribunais norte-americanos. Ações coletivas contra empregadores acusados de comportamentos discriminatórios, afirma ele, são resolvidas por especialistas bem remunerados, que argumentam sobre estimativas de discriminação extraídas de análises estatísticas deduzidas do referido modelo. Peritos contratados pela parte autora argumentam que grande parte do diferencial bruto de salários não pode ser explicada em termos de diferenças de habilidade entre os grupos e, portanto, refere-se à discriminação. Os da parte adversa sustentam que a maior parte desse diferencial pode ser explicada exatamente por essas diferenças. E como há grandes somas de dinheiro envolvidas nessas causas, há também potencial suficiente para o uso e abuso dos predicados e fragilidades do modelo de Oaxaca¹¹⁸.

Mas isso não é tudo: Stéphane Moulin (2005, p. 8) afirma que as dificuldades acima apontadas provêm de um só e mesmo problema, ou seja, a medida de discriminação salarial pura – ou de outro modo, o multicitado segundo componente de Oaxaca – busca mensurar, por meio de um método positivo, um objeto que, em sua natureza, é fundamentalmente normativo. Por tal razão, a autora francesa deplora o fato de não haver um marco regulatório que permita conceber e impor critérios não ambíguos de seleção de variáveis e de escolha de modelos estatísticos mais apurados. E complementa:

É ainda mais surpreendente de constatar que os trabalhos econômicos sobre a discriminação se situem dentro de uma postura positiva de explicação, e não em uma postura normativa de justificação, tal qual a do domínio jurídico, em que a discriminação se configura pelo arbitrário, pela ilegitimidade, pela injustiça do tratamento preferencial. Essa visão exclusivamente positiva se explica, sem dúvida, pela negação de cientificidade que por vezes se opõe aos trabalhos que incorporam uma dimensão normativa. No âmbito dos trabalhos sobre gênero ou sobre as

¹¹⁸ Algumas críticas aos modelos empregados por Becker para explicar fenômenos econômicos, em que há grande número de decisões tomadas por seres humanos, são bem mais profundas e se estendem às concepções epistemológicas que os embasam. Na visão de Edward O. Wilson (1999, p. 194), o apelo desses modelos “[...] está na cromagem e roncar do motor, não na velocidade ou destino”.

desigualdades entre os sexos, a suspeita de ativismo é ainda mais presente [...] ¹¹⁹ (MOULIN, 2005, p. 8).

Percebe-se nessas palavras a referência ao clássico problema weberiano de neutralidade axiológica da ciência e, talvez por isso, os pesquisadores que se ocupam de tema tão difícil preferem tratá-lo de uma forma o mais neutra possível, lançando hipóteses e testando-as para verificar se os dados da realidade as convalidam. Mas nem dessa forma os economistas empíricos se veem livres de embaraços! Ao empregarem técnicas econométricas para testar hipóteses ou relações entre variáveis, eles empregam dados existentes para avaliar a influência causal de um fator sobre outro e, assim o fazendo, correm sérios riscos de conceberem explicações ou asserções que não converjam de modo preciso para explicar um dado fenômeno, tanto mais se este é multicausal ou complexo, como é o caso da discriminação, haja vista que não se pode passar imediatamente da correlação à causalidade.

Frequentemente, os formuladores de políticas usam os resultados de estudos empíricos como base para predições dos efeitos de futuras intervenções governamentais sobre determinados comportamentos. Saber que dois fatores são correlacionados não fornece, contudo, qualquer poder de predição, como diagnostica Jonathan Gruber (2009, p. 39), tanto mais que poderia ocorrer de um terceiro fator ser o elemento causador dos impactos que se observam sobre os dois primeiros ¹²⁰. A predição exige, portanto, a compreensão das relações de causa e efeito entre os fatores; em última instância, exatamente aquilo que mais importa para fins de política pública.

O reconhecimento dessas dificuldades torna as prescrições de Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 223), já aqui declinadas, bastante pertinentes: se a discriminação é, como se disse, um fenômeno complexo e multicausal, as políticas para combatê-la devem ter planos bem formulados, fundamentados em demonstração documental dos desequilíbrios raciais e sexuais existentes, de forma a permitir estudos de estática comparativa no futuro.

¹¹⁹ No original: “*Il est d’autant plus surprenant de constater que les travaux économiques sur la discrimination se situent dans une posture positive d’explication, et non dans une posture normative de justification, que dans le domaine juridique, la discrimination se définit par l’arbitraire, l’illégitimité, l’injustice du traitement préférentiel. Cette visée exclusivement positive s’explique sans doute par le déni de scientificité que l’on oppose parfois aux travaux qui incorporent une dimension normative. Dans le domaine des travaux sur le genre ou sur les inégalités entre les sexes, le soupçon de militantisme est encore plus présent [...]*”.

¹²⁰ Menos difícil que ratificar uma hipótese como verdadeira, é rejeitá-la, falseá-la ao modo popperiano, pela obtenção de métricas indicativas de não correlação. Vide (POPPER, 2008, p. 41-44).

O raciocínio de um médico ou de um engenheiro é posto à prova sem delongas, no decurso normal dos acontecimentos: a saúde do paciente melhora ou não; a ponte resiste ou desaba. Já em relação ao raciocínio jurídico, não há prova comparável. [...] Como no fim o raciocínio jurídico não oferece uma prova objetiva de seu mérito, não surpreende que nos ocupemos mais insistentemente com o processo de raciocínio em si.

Lloyd L. Weinreb (2008, p. XII-XIII)

3 AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO CONTRA BANCOS PRIVADOS NO DISTRITO FEDERAL

No âmbito de seu **Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos** (PPIOT), o Ministério Público do Trabalho (MPT), em setembro de 2005, ajuizou, junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT 10ª R.), cinco ações civis públicas (ACPs) em distintas varas da Justiça Trabalhista no Distrito Federal, em resposta à negativa de acordo – via propositura de **Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta**¹²¹ – por parte das empresas bancárias por ele investigadas, quais sejam, Itaú, Bradesco, HSBC, ABN AMRO e Unibanco –, neste momento já transitadas em julgado em desfavor dos pedidos do autor, exceção feita à ação movida em oposição ao Unibanco, que se encontra arquivada provisoriamente, desde 10 de agosto de 2009, embora já com acórdão de segundo grau prolatado, também desfavorável ao MPT¹²².

¹²¹ Trata-se de instrumento consistente em ato administrativo negocial, que encontra respaldo legal no artigo 5º, §6º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), inserido pelo artigo 113, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

¹²² O quadro, a seguir, sintetiza os dados de cada processo: partes envolvidas, turmas em que tramitaram, datas de publicação de suas decisões, escores finais das votações em 2º grau e as referências a que se reportam.

Nº do Processo	Parte Acionada pelo MPT	Turma de Julgamento do TRT da 10ª Região	Data de Publicação do Acórdão de 2º Grau	Resultado da Votação em 2º Grau Quanto ao Mérito (Recursos Ordinários)	Referência ao Final desta Dissertação
00928-2005-014-10-00-5	Itaú Holding Financeira S.A.	3ª	16.2.2007	Processo extinto sem julgamento do mérito por intempestividade do recurso ordinário	(TRT 10ª R., 2005a)
00930-2005-016-10-00-7	Banco Bradesco S.A.	1ª	27.4.2007	4 votos contrários ao MPT 1 favorável	(TRT 10ª R., 2005b)
00936-2005-012-10-00-9	HSBC Bank Brasil S.A.	1ª	30.3.2007	4 votos contrários ao MPT 1 favorável	(TRT 10ª R., 2005c)
00943-2005-015-10-00-0	Banco ABN AMRO Real S.A.	2ª	14.3.2008	4 votos contrários ao MPT 1 favorável	(TRT 10ª R., 2005d)
00952-2005-013-10-00-8	Unibanco S.A.	2ª	29.2.2008	3 votos contrários ao MPT	(TRT 10ª R., 2005e)

Em todas elas, o MPT requereu, com pedido liminar, que as empresas cessassem as práticas discriminatórias indiretas contra mulheres (ascensão funcional e remuneração), contra negros (admissão, ascensão funcional e remuneração) e contra pessoas maiores de quarenta anos¹²³ (admissão), sob pena de multa diária de R\$100 mil e condenação dos bancos ao pagamento de R\$30 milhões, por danos morais coletivos¹²⁴.

A estratégia empregada pelo *Parquet* para provar os fatos alegados procurou estabelecer conexões lógicas, numa progressão do geral para o particular¹²⁵, levando em consideração o domínio econômico alcançado. Sublinhando, de início, as muitas disparidades estatísticas existentes para o conjunto da economia brasileira, as quais, sob a sua ótica, evidenciam a ocorrência de discriminação por gênero e raça no mercado de trabalho pátrio; passou, num segundo momento, a enfocar o setor terciário da economia, em que atuam as empresas demandadas; daí, ao segmento bancário brasileiro; e, finalmente, a cada uma das supracitadas instituições financeiras. Para a imputação de discriminação a estas últimas, valeu-se de informações provenientes das próprias empresas, por ele obtidas em etapa anterior à incursão judicial¹²⁶.

Mediante o emprego de matriz com informações sobre a composição do quadro de cada empresa, por raça, gênero e faixa etária, e o cruzamento com os pré-requisitos por elas exigidos para a admissão de funcionários, grau de instrução, tipo de ocupação, detenção de cargos de chefia e remunerações auferidas, empreendeu o MPT um cotejo entre as estatísticas levantadas para o espaço geográfico-econômico do Distrito Federal, diga-se, representadas pelo perfil de sua população economicamente ativa¹²⁷ (PEA) com mais de

¹²³ Embora não fosse o enfoque inicial do MPT, a detecção de indícios, no âmbito dos bancos-réus em foco, a indicar a possibilidade de práticas de discriminação em razão da idade, levou-o a incluir tal questão no âmbito de suas investigações. Não obstante, apenas incidentalmente essa modalidade de discriminação será aqui reportada, haja vista que fora do escopo inicial desta pesquisa.

¹²⁴ Vide petição inicial do MPT nos autos do processo de referência (TRT 10ª R., 2005a).

¹²⁵ O MPT valeu-se, além de dados obtidos diretamente às instituições financeiras, de informações captadas junto ao Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e de diversas entidades não governamentais.

¹²⁶ Ao amparo de poderes que lhe foram legalmente atribuídos pelo artigo 8º, incisos IV e VII, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

¹²⁷ Por definição, a população economicamente ativa (PEA) corresponde à soma de todas as pessoas em idade ativa – a partir dos dezesseis anos, no Brasil –, ocupadas e desocupadas na semana de referência. Pessoas ocupadas são aquelas com trabalho durante toda ou parte da semana de referência, ainda que afastadas por motivo de férias, licença, falta, greve etc. Quanto às desocupadas, são aquelas sem trabalho, mas que tenham

dezesseis anos, e as obtidas por meio da mencionada matriz, empresa a empresa, para evidenciar a ocorrência de discriminação, especialmente indireta, que teria sido produzida pelas instituições bancárias demandadas, contra as pessoas detentoras dos atributos previamente selecionados.

Especificamente no âmbito da admissão aos quadros dos referidos bancos, o MPT, levando em conta os requisitos de nível de educação formal exigidos para ingresso, mapeou o universo disponível correspondente na PEA, por raça, gênero e faixa etária, para, em cotejo aos dados de mesma natureza das empresas, evidenciar a ocorrência de disparates estatísticos, acentuadamente em desfavor da admissão de duas categorias menos aquinhoadas – a de negros e de pessoas com mais de quarenta anos –, circunstância que, em última instância, explica a razão de a questão de gênero haver sido mitigada na exposição dos fatos, pelo MPT, para o ingresso na carreira, em virtude de os números não atentarem de forma acintosa contra a paridade entre homens e mulheres na composição dos quadros.

Ao adentrar o problema da ascensão funcional, ou como se queira, da ocupação de cargos de chefia, a abordagem do MPT cingiu-se ao universo composto pelos empregados de cada instituição financeira. E nesse mister, informações salariais detalhadas por cargos de chefia, raça e gênero, permitiram constatar que a detenção de ensino superior expressava maiores diferenciais de salários, entre os bancos examinados, para homens e mulheres brancas do que para homens e mulheres negras, o que, na visão dos promotores de justiça do MPT, constitui explícita manifestação de reiteradas seleções pautadas pelo subjetivismo.

No que tange à remuneração, valeu-se o MPT de informações estatísticas relacionadas aos rendimentos médios dos empregados das empresas, procurando este, por meio de indicadores passíveis de comparação, evidenciar ou inferir a existência de vieses nas políticas salariais correspondentes. Assim, ao confrontar o perfil remuneratório dos bancos e o da PEA equivalente do Distrito Federal, o MPT inferiu que a distância verificada entre os dois padrões deveu-se à forma específica de atuação das empresas. Considerando que diferenciais de salários constituem fenômenos originados por inúmeras causas – como se expôs

tomado alguma providência para consegui-lo na semana de referência. Numa economia de mercado, a PEA é composta, basicamente, por empregadores, empregados e trabalhadores autônomos. Estão fora desse conceito, portanto, as pessoas envolvidas com afazeres domésticos não remunerados, os estudantes, os aposentados, os incapacitados, os que desistiram ou não querem trabalhar e os desalentados, estes entendidos como os que, estando desempregado, não buscam emprego há mais de um mês (IBGE, 2010, p. 310).

detalhadamente no Capítulo II desta dissertação –, parcela ponderável dessas desigualdades não haveria como ser atribuída aos bancos-réus.

Sobre esse ponto, o MPT concentrou-se em sustentar que quanto mais avançado o nível escolar, maior a diferença salarial entre homens e mulheres, em especial nos segmentos mais dinâmicos da economia, que exigem pessoal mais qualificado, como é o caso do setor bancário. A existência de barreiras salariais por gênero, à medida que são consideradas ocupações com maior exigência educacional, choca-se contra a tendência recente de as mulheres deterem, em média, maior nível educacional masculino em muitas localidades e estratos sociais no Brasil.

Se, para as mulheres, a lógica da discriminação salarial segue critério mais rígido nas ocupações de maior exigência educacional, para os negros (pretos e pardos), a rigidez se revela uniforme, independentemente do nível educacional, com tendência de as desvantagens permanecerem, ainda que existam cada vez mais negros bem qualificados.

Somente para ilustrar, apresenta-se no **Quadro 3** (p. 143), uma síntese dos números mais relevantes apurados pelo MPT, para o caso da Itaú Holding Financeira S.A., como resultado de aplicação da metodologia descrita nos parágrafos precedentes, com saída de dados para os anos de 2003 (dados da PEA) e 2004 (dados do Itaú).

Por esse meio, o MPT concluiu haver discriminação, na admissão, contra os negros, pois enquanto a PEA no Distrito Federal (DF), naquele momento, era composta por 54,0% de negros, o quadro de pessoal do Itaú nessa mesma Unidade da Federação detinha apenas 23,2%. Além disso, a combinação de raça e gênero tornava os números ainda mais díspares: enquanto homens negros e mulheres negras representavam, respectivamente, 30,0% e 24,0% da PEA, esses números caíam a 14,3% e 8,9% quando se tratava do contingente Itaú. Tal era a situação também das pessoas com idade mais avançada no mercado de trabalho: 28,1% da PEA no DF correspondia a trabalhadores com mais de quarenta anos, enquanto que somente 22,8% do pessoal do Itaú se encontrava nessa faixa de idade. Idem, para pessoas com mais de cinquenta anos: 10,2% contra 1,2%.

Quanto à detenção de cargos de chefia, a conjuntura era ainda mais desoladora: 12,5% de homens negros e 0,0% de mulheres negras eram os números apresentados pelo Itaú, contra os já mencionados 30,0% e 24,0%, respectivamente, para essas categorias cruzadas na PEA do DF. Caso se admita correlação positiva entre ascensão funcional e nível de

escolaridade, tais números parecem ainda mais injustos quando bem se observa que eram exatamente as mulheres negras que detinham, no Itaú, o maior percentual entre os empregados com grau de escolarização igual ou superior ao 2º grau, vale dizer, 87,0%.

No que concerne à remuneração dos grandes grupos analisados, as mulheres recebiam algo da ordem de 95,8% da média salarial dos homens, enquanto que os negros auferiam 87,9% da média dos brancos. Quando se consideram as categorias cruzadas, mulheres brancas, homens negros e mulheres negras exibiam sempre médias salariais inferiores quando confrontadas ao da remuneração média dos homens brancos, respectivamente, 97,9%, 93,6% e 76,1%.

Apesar disso, as mulheres brancas eram as que possuíam a maior participação na folha de pagamentos do Itaú no DF, isto é, 42,1%, e isso pode ser explicado por serem exatamente elas que detinham a maior participação no quadro, ou seja, 41,3%, contra 35,5% de homens brancos, 14,3% de homens negros e 8,9% de mulheres negras. Homens brancos, com 37,0%, homens negros, com 13,9%, e mulheres negras, com 7,0%, completavam a folha de salários da instituição analisada, no momento em que foi feito o levantamento.

No âmbito das estratégias de argumentação adotadas pelo *Parquet* em sua peça exordial, questionaram-se, inicialmente, os critérios adotados pelos bancos para a contratação e promoção a cargos de chefia, sublinhando-se a intransparência dos processos de escolha, caracterizados por nítidos contornos subjetivos, que os tornam propensos à discriminação, ainda que inconsciente. Ou seja: ante a impossibilidade de serem obtidas provas irrefutáveis que pudessem estar vinculadas às causas dos fenômenos tratados, o requerente voltou-se à relevância dos seus efeitos, às deficiências no suporte objetivo dos méritos e à pouca transparência de seus processos organizacionais (VARELLA, 2010, p. 290).

A linha geral de defesa apresentada pelos bancos, em suas peças de objeção aos argumentos do autor, fixou-se em sustentar que a contratação e a progressão funcional em seus quadros estavam relacionadas diretamente ao mérito, à capacitação técnica, à comunicação persuasiva, ao discernimento, ao espírito de liderança, ao *feeling* para perceber situações de mercado, enfim, à aptidão para a carreira bancária (VARELLA, 2010, p. 289-290). E se disparidades existiam, elas seriam imputáveis a uma questão social pela qual as instituições não se sentiam responsáveis, pois a maior parte do problema derivaria de a oferta de mão de obra para contratação não corresponder exatamente ao espectro da PEA segundo padrões de raça, gênero ou idade, e não a barreiras discriminatórias.

Quadro 3 - Dados Relativos ao Quadro de Pessoal do Banco Itaú no Distrito Federal (DF)

Composição por Gênero e Raça - PEA x Quadro do Itaú no DF		
	PEA no DF	Itaú no DF
Homens	54,0%	49,8%
Mulheres	46,0%	50,2%
Branços	46,0%	76,8%
Negros	54,0%	23,2%
Homens Brancos	24,0%	35,5%
Mulheres Brancas	22,0%	41,3%
Homens Negros	30,0%	14,3%
Mulheres Negras	24,0%	8,9%

Grau de Escolaridade do Itaú no DF		
	Até 2º Grau Completo	Mais que 2º Grau Completo
Total do Quadro	28,4%	71,6%
Homens Brancos	34,5%	65,5%
Mulheres Brancas	24,0%	76,0%
Homens Negros	36,1%	63,9%
Mulheres Negras	13,0%	87,0%

Composição por Faixa Etária - PEA x Quadro do Itaú no DF		
	PEA no DF	Itaú no DF
Até 40 anos	71,9%	77,2%
Mais de 40 anos	28,1%	22,8%
Até 50 anos	89,8%	98,8%
Mais de 50 anos	10,2%	1,2%

Fontes: Dados do Banco Itaú no DF obtidos pelo MPT em ago/2004; população economicamente ativa (PEA) no DF apurada pelo IBGE em 2003.

Detenção de Cargos de Chefia do Itaú no DF	
Homens Brancos	46,9%
Mulheres Brancas	40,6%
Homens Negros	12,5%
Mulheres Negras	0,0%

Tempo Médio de Serviço do Itaú no DF em Anos	
Homens Brancos	10,5
Mulheres Brancas	11,2
Homens Negros	12,8
Mulheres Negras	9,7

Proporção da Folha de Salários do Itaú no DF	
Homens Brancos	37,0%
Mulheres Brancas	42,1%
Homens Negros	13,9%
Mulheres Negras	7,0%

Salário Nominal Médio do Itaú no DF (R\$)	
Homens	2.122
Mulheres	2.033
Branços	2.137
Negros	1.878
Homens Brancos	2.162
Mulheres Brancas	2.116
Homens Negros	2.023
Mulheres Negras	1.645

3.1 A Prestação Jurisdicional

Depois de sentenças desfavoráveis em 1ª instância nas cinco ACPs, o MPT recorreu, via recursos ordinários, à 2ª instância, em cujos acórdãos, de modo semelhante, suas postulações não encontraram acolhida. Em algumas das ações, como consequência, interpôs recursos de revista, com os quais, de todo modo, não logrou sucesso ou mesmo deles declinou.

Preliminarmente, pode-se dizer que a tese de ocorrência de discriminação indireta, por parte das referidas instituições bancárias, não progrediu nas turmas recursais do TRT da 10ª Região, muito em função da inexistência, na legislação trabalhista brasileira, de dispositivos mais afeitos a situações de evidenciação de práticas indiretas de discriminação e, em especial, de natureza coletiva, como as que os presentes casos representam. Ou por outra: a exigência inscrita no artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), possui teor mais propício à evidenciação de práticas de discriminação salarial direta em dissídios individuais, a estabelecer premissas de correção, no plano singular, de distorções eventualmente existentes quanto a salário ou aos meios de progressão no trabalho¹²⁸.

Nesse plano, argumenta-se não haver nos autos quaisquer comparativos concretos da existência de diferenças entre remunerações de brancos e negros, homens e mulheres, ocupantes de uma mesma função; tampouco se poderia pretender que houvesse simetria entre os cargos de chefia e o percentual de mulheres da PEA, idem no tocante à idade.

Aduz-se que a admissão da discriminação tendo por fundamento apenas a não correspondência do quadro de empregados das empresas em relação à composição por raça, gênero ou idade da PEA levaria, como consequência, à necessidade também de se declarar a existência de prática discriminatória na Administração Direta e Indireta, na indústria, no magistério, enfim, em uma gama de atividades da economia nacional.

Recorre-se ao artigo 1º, item 2, da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), para fazer ver que as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas práticas

¹²⁸ Vide voto do relator, Desembargador Alexandre Nery de Oliveira, em decisão de segundo grau ao recurso ordinário, no processo de referência (TRT 10ª R., 2005d). Tal é a referência de onde também se extraiu os pontos transcritos nos próximos parágrafos desta seção, até que outra distinta se mencione.

de discriminação, motivo por que processos seletivos, para a admissão ou progressão funcional, que não configurem prática tendente a estabelecer desigualdade de oportunidade segundo a raça, o gênero ou a idade, não consubstanciam práticas discriminatórios.

Rejeita-se a invocação de existência de discriminação silente no seio da sociedade brasileira como forma de caracterizar a prática de ato discriminatório, ainda que inconsciente, por parte dos bancos-réus, não bastando pressuposições, mas a demonstração consciente e inequívoca da ocorrência de ato de constrangimento, mesmo que velado, para que se possa partir para o exame do pedido de inibição da conduta.

Afirma-se que as estatísticas revelam possibilidades e não efetividades: estatísticas de um determinado grupo permitem que condutas sejam avaliadas, sem que sejam capazes de conduzir, invariavelmente, ao retrato da realidade em relação a outro grupo, mesmo que subconjunto do primeiro, porque, não necessariamente, as premissas estatísticas deste último hão de refletir as do primeiro.

Reconhece-se que o Judiciário, ainda que não ignore a existência do preconceito mascarado, ao deixar de inibir as práticas danosas da segregação, acaba com isso, de modo transversal, incentivando-as, não lhe cabendo, todavia, supor a ocorrência do fato para se chegar ao comando inibitório postulado pelo MPT, devendo-se demonstrar a ocorrência efetiva das práticas discriminatórias para que possa haver uma inequívoca condenação de preconceitos capazes de gerar consequências inclusive em outras áreas, como a penal.

Sustenta-se que os dados estatísticos evidenciam a ocorrência do dano¹²⁹, mas não nexo de causalidade, uma vez que as distorções nos quadros de pessoal das empresas nada mais representam que históricas desigualdades da própria sociedade brasileira¹³⁰.

Na mesma linha de argumentação, embora reconhecendo a ocorrência de disparidade estatística a revelar inarredável evidência de discriminação indireta, recorre-se à jurisprudência do próprio TRT para asseverar que, em situações semelhantes, a conduta discriminatória ilícita, apta a ensejar a indenização por dano moral coletivo, deve ser

¹²⁹ É como se houvesse o reconhecimento daquilo a que Joaquim B. Barbosa Gomes se refere por **impacto desproporcional**, tal como já conceituado na seção 1.3.2.

¹³⁰ *Vide* sentença em primeiro grau prolatada pelo Juiz Rubens Corbo, assim como o voto da relatora, Desembargadora Heloísa Pinto Marques, em decisão de segundo grau ao recurso ordinário, ambos no processo de referência (TRT 10ª R., 2005e).

comprovada de forma mais robusta, revelando-se insuficiente a metodologia da disparidade estatística empregada¹³¹.

Com respaldo em precedente do Supremo Tribunal Federal, nomeadamente a suspensão da liminar nº 60/SP, pelo seu então presidente Nelson Jobim, cuja decisão foi publicada no Diário de Justiça da União em 18 de fevereiro de 2005, a 2ª Turma do TRT da 10ª Região¹³² ratificou-se a tese de que não cabe ao Poder Judiciário o estabelecimento de ações afirmativas como as representadas por cotas, senão a função precípua de apreciar a legalidade de tais medidas quando implementadas por lei ou por ato administrativo. Com essa medida, não se recepciona o procedimento, já sedimentado no ordenamento jurídico norte-americano, de se fixar programas de ação afirmativa pela via judicial (*court-ordered affirmative action programs*).

E dada a inexistência de instrumento legal, no ordenamento jurídico pátrio, que determine a fixação de regime de cotas ou metas na admissão de empregados, quer na Administração Pública quer em empresas no domínio privado, a negativa aos pleitos do TRT seguiu como consequência natural das premissas adotadas na linha de argumentação desenvolvida pelos decisores¹³³.

Entre os votos vencidos – de autoria da Desembargadora Elaine Machado Vasconcelos Nienczewski, da 1ª Turma, e do Desembargador Brasilino Santos Ramos, da 2ª Turma, ambas do TRT da 10ª Região –, sobressaem os argumentos de que a estatística constitui uma ciência de apoio importante e que os seus métodos podem e devem ser empregados na área judiciária, como hoje já se observa, por exemplo, nos Estados Unidos, onde é comum a contratação de estatísticos como peritos a serviço da Justiça, a empregarem técnicas apropriadas que auxiliam na compreensão dos fatos¹³⁴.

Ao final, os acórdãos das diversas turmas recursais do TRT da 10ª Região, embora em sua maioria não unânimes quanto ao mérito, convergiram na admissão de que o

¹³¹ Vide ementa do acórdão da decisão em segundo grau ao recurso ordinário, de autoria da Desembargadora Heloísa Pinto Marques, no processo de referência (TRT 10ª R., 2005e).

¹³² Trata-se de entendimento exarado na mesma ementa do acórdão a que se reporta a nota de rodapé anterior.

¹³³ Vide ementa do acórdão da decisão em segundo grau ao recurso ordinário, de autoria da Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães (TRT 10ª R., 2005b).

¹³⁴ Vide voto da relatora, Desembargadora Elaine Machado Vasconcelos Nienczewski, em decisão de segundo grau ao recurso ordinário, no processo de referência (TRT 10ª R., 2005b).

MPT não foi feliz em desincumbir-se do ônus da prova, pois os pedidos das ACPs foram indeferidos a pretexto de insuficiência probatória, resultando, desse modo, na ratificação das sentenças de primeira instância¹³⁵.

3.2 Avaliação Crítica

Pode-se dirigir o olhar crítico ao caso descrito na seção anterior enfocando-o de diversos pontos de vista, em especial sobre as questões da prova, de seu ônus e de hipóteses outras, passíveis de serem colocadas em concorrência ou no mesmo plano da hipótese de existência de discriminação indireta contra os grupos afetados.

3.2.1 *Sobre Provas, Verossimilhanças e Probabilidades*

Em ações antidiscriminatórias, as regras tradicionais recomendam a imposição de sanção apenas nos casos em que a discriminação resulte provada em prejuízo de agentes específicos. Nesse caso, contudo, obter-se-ia como consequência forte redução do âmbito da tutela jurisdicional da igualdade de tratamento, já que uma apreciável quantidade de casos de discriminação não comporta provas diretas, porquanto decorre de práticas subterrâneas que configuram fenômenos de discriminação indireta¹³⁶. Admite-se, afora isso, que o fato representado pelo comportamento discriminatório pode não ser exata ou completamente identificado sob o ponto de vista subjetivo: em outros termos, pode inclusive faltar a exata e completa individualização dos sujeitos discriminados sempre que seja conjecturável a existência do comportamento discriminatório (TARUFFO, 2005, p. 157).

Em situações como essas, põe-se em evidência um tipo de fato que é complexo sob o ponto de vista subjetivo porque tem a peculiaridade de explicar efeitos que são produzidos sobre grupos muito amplos de sujeitos – tal como no caso apresentado, nomeadamente negros, mulheres e pessoas de idade – e outras tantas vezes parcialmente indeterminados (TARUFFO, 2005, p. 158).

¹³⁵ Tendo em vista que se tratava, precipuamente, de tentativa de se provar a ocorrência de discriminação indireta, de difícil evidenciação nos moldes comumente requeridos pelo Juízo, o MPT lançou mão do pedido de inversão do ônus probatório, objetivando com isso obter informações mais objetivas dos bancos, no que tange aos critérios de admissão, remuneração e promoção. Ainda assim, o efeito final sobre o convencimento dos magistrados e das turmas recursais foi bastante limitado, senão nulo.

¹³⁶ Não é sem motivo que litígios judiciais envolvendo o princípio de igualdade no acesso ao emprego na esfera privada são bastante incomuns, haja vista a dificuldade em se provar a ocorrência de ato discriminatório fundado unicamente na raça, no gênero ou outro fator qualquer, e não em requisitos de distinta natureza, como as características da atividade a desempenhar, por exemplo. A respeito, *vide* (DRAY, 1999, p. 321).

Não por casualidade, o processo discriminatório que se têm discutido até agora se inscreve entre aqueles nos quais, tipicamente, **provas estatísticas** são empregadas para caracterizar de forma inferencial os efeitos, em termos de aproximação quantitativa, daqueles aspectos do fato subjetivamente complexos que, por distintas razões, não podem ser nem exatamente individualizados de forma antecipada, nem provados analiticamente das formas habituais.

E o Ministério Público do Trabalho desincumbiu-se de modo eficiente em mostrar e comentar todas as disparidades que, sob o seu ponto de vista, caracterizavam a existência de discriminação indireta contra os grupos vulneráveis analisados, e, mais de uma vez, atribuiu a tais evidências estatísticas o poder probatório que, em sede judicial, foi rejeitado peremptoriamente em primeira instância, embora não unanimemente em segunda.

Essa negativa remete à analítica do que pode ser acolhido como **prova** da ocorrência de algum fato e das funções que ela deve cumprir. A considerar as preleções de Christian Plantin (2008, p. 101), a prova há de ser capaz de cumprir cada uma das seguintes funções: (a) estabelecer a verdade de um fato ou de uma relação incertos ou contestados (função alética); (b) dar contas de um fato certo, integrando-o em um discurso coerente – uma história ou demonstração – de um conjunto de fatos certos, a constituir uma história-relato (função explicativa); (c) ser relativamente evidente; (d) ampliar e estabilizar os conhecimentos (função epistêmica); (e) inspirar confiança e convencer (função retórico-psicológica); (f) encerrar o debate – a prova obtida por demonstração não é posta em causa facilmente (função dialética); e (g) eliminar a dúvida e a contestação, dificultando o questionamento, fundando assim uma crença justificada e um consenso legítimo (função social).

Mero passar de olhos ao rol anterior permite concluir que as evidências estatísticas carregadas aos autos pelo MPT, na melhor das hipóteses, somente cumpriu algumas das funções mencionadas, em especial a da alínea (b), quando o *Parquet* buscou integrar em um discurso coerente, num evoluir do geral para o particular, toda a complexidade do fenômeno discriminatório presente no seio da sociedade brasileira e, em particular, no mercado de trabalho.

As disparidades estatísticas apontadas não lograram inspirar confiança ou convencimento, não encerraram o debate e não eliminaram dúvidas ou contestações. Algumas

passagens dos processos instaurados, em correspondência com tais funções, bastam para caracterizar esse incumprimento probatório (negritos nossos):

Por isso, insisto, **não me convenço** que as estatísticas apresentadas possam retratar uma evidência lógica da discriminação de gênero, raça e idade imputada pelo Ministério Público do Trabalho ao Réu¹³⁷.

Dentro desse contexto, e considerando que o MM. Juízo originário julgou improcedentes os pedidos, por insuficiência de provas, mantenho incólume a r. decisão recorrida, até mesmo porque, segundo a exegese do art. 103 do CDC, **na hipótese de reforço do conjunto fático-probatório, nada impede que esta ação seja novamente ajuizada**¹³⁸.

A premissa [da petição inicial] **é enganosa**. A discriminação revelada em dados estatísticos não determina a conduta ilícita atribuída à Reclamada. Ao contrário, com mais força e clareza, aponta a incompetência, a inoperância, e o fracasso dos programas sociais e educacionais adotados pelos últimos governos. [...] Assim, percebo que o ponto nevrálgico da questão ora tratada é identificar se o maior índice de ocupação formal de homens brancos revela tendência à segmentação do mercado de trabalho, ou na verdade mostra a triste diferença de oportunidades e a péssima qualidade da formação educacional e profissional proporcionada pelo Estado aos indivíduos de menor poder aquisitivo, onde, pelas óbvias razões históricas, se inserem com grande incidência os afrodescendentes? **Parece-me mais verdadeira a segunda hipótese**, que é claramente revelada pelas últimas ações chamadas ‘de inclusão’ patrocinadas por governantes de diversas esferas da Federação, como por óbvio exemplo, o sistema de favorecimento no ingresso acadêmico a determinados grupos¹³⁹.

A prova desenvolve o papel de fundamento para a escolha racional da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato (TARUFFO, 2005, p. 447). Em termos processuais, contudo, adota-se, no modelo constitucional contemporâneo do direito processual, o objetivo da prova não mais orientado pela busca da verdade ou pela reconstrução do fato, mas sim pelo **convencimento do juiz e dos demais sujeitos do processo** acerca da veracidade das alegações a respeito desse mesmo fato (LEITE, 2011, p. 573-574). Tal é a visão corrente que passa a sustentar que:

[...] a prova não se destina mais a provar fatos, mas sim ‘afirmações de fato’. É, com efeito, a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo. O fato não pode ser

¹³⁷ Vide sentença em primeiro grau prolatada pelo então Juiz Alexandre Nery de Oliveira, no processo de referência (TRT 10ª R., 2005c).

¹³⁸ Vide voto da relatora, Desembargadora Heloísa Pinto Marques, em decisão de segundo grau ao recurso ordinário, no processo de referência (TRT 10ª R., 2005e).

¹³⁹ Vide voto do acórdão em decisão de segundo grau ao recurso ordinário, de autoria do Desembargador Oswaldo Florêncio Neme Júnior, no processo de referência (TRT 10ª R., 2005c).

qualificado de verdadeiro ou falso, já que esse existe ou não existe. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da veracidade da alegação do fato (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 265).

Mesmo sob essa ótica menos afeita à necessidade de provas ditas dúcteis, estas não deixam de ser conexas ao imperativo de convencer o juiz acerca da existência ou inexistência dos fatos. Reduzidas a indícios ou evidências, sem o poder de imputar responsabilidades aos bancos-réus, as disparidades estatísticas, sob tal perspectiva, parecem haver declinado em *status*, passando a expressar mera verossimilhança ou plausibilidade do fato alegado segundo as noções do senso comum.

A **verossimilhança**, discorre Michele Taruffo (2005, p. 189, n. 71), “[...] faz referência ao fato enquanto objeto de alegação ou, mais propriamente, à mera alegação do fato, nada tendo a ver com a prova ou com o seu resultado previsto *ex ante*”. Ela diz respeito àquilo que se associa ao funcionamento normal das coisas ou com as denominadas máximas de experiência, a afetar a alegação do fato, embora não a sua prova. Afora isso, o que se apresenta como verossímil pode ser falso – e, portanto, não sustentado por qualquer elemento de prova –, enquanto que o que parece inverossímil pode ser verdadeiro – podendo dispor de um alto grau de confirmação probatória (TARUFFO, 2005, p. 505).

Nesse contexto, a verossimilhança não constitui funcionalmente prova, tampouco cumpre o papel de fatos conhecidos, de onde se obtenham inferências sobre a prova que confirmem a existência de fatos discriminatórios. Constituem, efetivamente, presunções que fundamentam a plausibilidade das condutas ou dos atos discriminatórios, mas não sua probabilidade ou sua prova presuntiva (TARUFFO, 2005, p. 510-511).

Em estágio já mais avançado em relação à cristalização da prova propriamente dita, a **probabilidade** implica uma situação em que o fato não está provado de forma plena, porém há elementos para considerá-lo credível. A possibilidade de que um fato seja provável ou mais provável que outro faz referência à prova do fato, isto é, à presença de elementos cognoscitivos que confirmam a hipótese a ele relativa. Ou seja: trata-se de hipóteses probatórias analisáveis em termos de presunções e inferências probatórias (TARUFFO, 2005, p. 505).

Um exemplo para elucidar: nos acórdãos analisados da Justiça Trabalhista, inúmeras vezes se identificou a ideia, veiculada pelos decisores, de que as estatísticas apresentadas pelo Ministério Público do Trabalho comportam apenas possibilidades

matemáticas e não efetividades. Mas nem só de efetividades vive o convencimento dos magistrados, mas também de provas que encerrem elevado grau de certeza: muitos dos elementos probatórios comumente aceitos na seara judicial nem sempre comportam grau de certeza absoluta quanto à questão dos fatos, tal como no caso dos testes de DNA, que denotam nada mais que probabilidades, ainda que próximas à unidade, de um homem ser ou não o genitor de uma criança. Nesse caso, a probabilidade elevada, estimada pelos exames, concorre de forma mais incisiva para a persuasão do decisor, do que outras tantas provas que possam ter sido incorporadas paralelamente ao processo com a mesma finalidade.

3.2.2 *Discriminação Indireta e Inversão do Ônus da Prova*

Rejeitar a hipótese nula – de não ocorrência de discriminação indireta praticada por cada uma das empresas demandadas –, não significa, necessariamente, que a hipótese alternativa – a de que ela efetivamente ocorra – seja verdadeira, uma vez que outras hipóteses podem ser capazes de explicar o resultado. Mesmo que se aumente o rigor na apuração das estatísticas, jamais se terá certeza absoluta de que a hipótese nula seja realmente falsa.

Esse espaço em que a dúvida paira acima de quaisquer explicações não admite balizas capazes de outorgar ao magistrado o elemento de convicção de que tanto precisa para conceder uma tutela judicial irreplecível. Imaginar que a única hipótese plausível para a ocorrência das estatísticas levantadas seja o tratamento discriminatório é associar certeza quase absoluta à explicação fornecida¹⁴⁰, quando a ausência de explicações rivais não pode obrigar ninguém a aceitar a única explicação proposta – melhor seria dizer argumento atribuído –, como se fosse integralmente aderente à realidade dos fatos:

Se a única explicação teórica que se deu a um fenômeno é inconveniente apesar da falta de uma explicação rival, temos o direito de concluir que o fenômeno não foi explicado. Talvez sejamos forçados a pensar desse modo: a falta de explicações rivais é uma das razões para acreditar numa explicação, e se, ainda assim, você não acreditar nela, o proponente não pode obrigá-lo a fazer isso simplesmente ao mostrar-lhe que não existem explicações paralelas. Há muita coisa sobre a sociedade (e sobre a natureza) que escapa ao nosso entendimento (POSNER, 2007, p. 501).

¹⁴⁰ Nem mesmo este seria o caso: a seção 3.2.3 subsequente tratará de levantar outras tantas hipóteses plausíveis que seriam capazes de explicar, senão integralmente, pelos menos parcialmente os números alcançados pela via estatística.

Mesmo a prova do impacto adverso sobre uma categoria ou grupo definido por raça, gênero, idade ou qualquer outro motivo suscetível de causar discriminação, apurado por meio de estatísticas, engendra dificuldades sobre as peculiaridades gerais desses grupos atingidos, em cotejo às do grupo de referência – em abstrato, os homens se a discriminação for baseada no gênero, os brancos se racial, os mais jovens se etária etc.

Questões sobre os grupos concretos de comparação, sobre o momento em que o impacto adverso deve ser avaliado se ele for originado por uma decisão vigente por longo período de tempo, sobre a exata forma de quantificar esse impacto, entre outras, são problemas que podem repercutir diretamente na admissão de verossimilhança das alegações por parte de quem há de conceder ou não a tutela.

Caso se limite o debate ao tema da primeira questão acima suscitada – a de quais grupos concretos de comparação devem ser considerados no específico âmbito do acesso ao emprego –, pode-se discutir se é viável comparar o número de homens e de mulheres efetivamente contratados pela empresa para um determinado posto com o número de homens e mulheres suficientemente qualificados a exercer as atividades a ele associadas na área da oferta laboral.

Isso porque, nas estatísticas interempresariais, não é exatamente a mesma coisa valorar a estrutura por gênero ou raça da totalidade do quadro de pessoal, o qual impossibilita a prova do impacto adverso em empresas com elevada mão de obra feminina ou negra não qualificada, do que valorar a estrutura por gênero ou raça de uma categoria profissional ou de trabalhadores contratados, em consequência de uma determinada oferta empresarial, que são critérios muito mais exigentes.

De forma similar, a limitação do grupo de homens e mulheres suficientemente qualificados pode incorporar critérios com conotações hipoteticamente discriminatórias aos resultados das estatísticas extraempresariais, além de não serem equivalentes o número de possíveis candidatos e o número de efetivos candidatos, já que, pela configuração da oferta empresarial, esta pode ter sido dissuasória da pretensão ou dos interesses das mulheres e de negros.

Se para a jurisprudência norte-americana o uso de estatísticas é crucial para a prova do impacto adverso de uma medida empresarial – como alguns dos votos vencidos nas ACPs deixaram bem claro –, na lide sob exame os decisores confiaram bem mais em seu

conhecimento, experiência e normas de senso comum que em estatísticas, as quais, antes de tudo, não são exigíveis legalmente aos empresários com relação à composição por raça, gênero ou faixa etária de seus quadros.

Em síntese: os dados estatísticos apresentados são um ponto de partida na aplicação da doutrina da flexibilização do ônus da prova aos casos de discriminação indireta. Cada caso em particular obrigará a definir se os dados estatísticos oferecidos, unidos a outros elementos que suportem a presunção ou verossimilhança da alegação da ocorrência de discriminação indireta, são hábeis a configurar o panorama indiciário determinante para a inversão do ônus da prova.

Assim, esperar que em causas coletivas, como as patrocinadas pelo MPT, se adotem práticas e premissas pertinentes a dissídios individuais, com a apresentação de provas de discriminação contra pessoas específicas, segundo os fundamentos da legislação individual do trabalho, é deixar de avançar na tutela de direitos que podem estar sendo burlados pela via de discriminações subterrâneas. Assim, somente pela adoção de meios alternativos de evidenciação, como os de natureza estatística, pode-se avançar no conhecimento dos fatos que ensejam as disparidades apuradas.

Não é sem motivo que são praticamente inexistentes litígios na área trabalhista, quer pública quer privada, fundados em recusas de contratação de pessoas por razões discriminatórias, ainda que, na maioria dos casos, o processo de seleção haja passado por entrevistas pessoais, análises de currículos com fotografias, dados pessoais ou outras informações complementares, a partir dos quais se possa presumir que o agente que seleciona o faça com viés de gênero, raça ou outro critério defeso em lei. Não há como os atingidos proverem-se de provas contundentes sobre mecanismos ilícitos dos quais somente os empregadores podem dar parte.

É importante, portanto, que a legislação preveja explicitamente, para os casos de discriminação indireta, a possibilidade de inversão do ônus da prova contra aquele que mais detém a possibilidade de produzi-la, o réu, nos feitos em que o autor ofereça elementos indiciários de ocorrência do fato (*presunções prima facie*), obtidos inclusive pela via estatística, relativos à contratação, aos regimes remuneratórios, à atribuição de tarefas e categorias, à promoção profissional e às demissões, que possam fundamentar em termos precisos e concordantes a presunção da existência de atos e comportamentos discriminatórios (TARUFFO, 2005, p. 510).

Essa situação muito se parece àquela a que o doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 597-599) denomina por **prova do fato negativo** – longe de tratamento jurisprudencial uniforme na área trabalhista –, cujos efeitos imputa à parte que nega o fato o ônus de prová-lo, caso a negativa resulte de uma afirmação obtenível pela via de uma declaração negativa.

Com respeito às noções sumariadas, é particularmente útil observar que a jurisprudência trabalhista já vem mitigando o quanto prescrito pelos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e 333 do Código do Processo Civil (CPC), a atribuir o ônus da prova a quem houver produzido as alegações.

Tal como fixado pelo inciso VII, artigo 6º, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), o requisito de inversão do ônus probatório encontra também acolhida na própria CLT, a saber, em seu artigo 852-D, associado especificamente ao procedimento sumaríssimo, fato que, no entendimento de Bezerra Leite, não impede que o juiz o utilize em outros ritos (LEITE, 2011, p. 600). Afinal, “[...] as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa” (WATANABE, 1992, p. 494).

Apesar de todas essas posições doutrinárias, os juízes e a maioria dos desembargadores que atuaram nas ações objeto desta análise, ante as estatísticas carreadas aos autos pelo MPT, mal tocaram na possibilidade de atribuir aos bancos-réus o ônus de provar que não atuaram discriminatoriamente em relação aos grupos vulneráveis tutelados. E por assim terem procedido, melhor seria a expressa previsão de inversão do gravame probatório no ordenamento processual, tal como se preconiza mais ao norte.

A flexibilização do ônus da prova encontra, não obstante, claros limites no processo penal, onde vige o princípio da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, CF) e o seu consectário – o de que ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Uma questão que se coloca é se tais técnicas de flexibilização, para fazer valer um direito fundamental – o de igualdade e não discriminação (art. 5º, *caput*, CF) – não poderiam debilitar o amparo a outro direito fundamental – o de presunção da inocência. Nesse caso, o parâmetro internacional é o de não estender a flexibilização de que se trata à esfera processual penal.

3.2.3 Outras Hipóteses Explicativas e Abertura para Investigações

Grande parte da visão científica sobre o mundo advém posteriormente à ocorrência dos fatos. E particularmente no universo jurídico, há casos em que há suficiente indefinição sobre o que terá ocorrido, sendo a lide solucionada pela definição de quem arcará com o ônus probatório ou de convencer aquele que fará o reconhecimento dos fatos no processo. Sem mais delongas, como afirma Richard A. Posner (2007, p. 273), “[...] quem vai perder nos casos em que há dúvidas”.

Seguindo a linha de arguição do jurista americano, a explicação para o ocorrido é coerente com determinada hipótese levantada por uma das partes – a explicação fornecida pelo MPT é congruente com a hipótese de ocorrência de discriminação indireta praticada pelos bancos-réus. Mas o é, também, conforme a diversas outras hipóteses, como as que, a seguir, serão expostas, pois às disparidades apontadas podem-se atribuir tantas explicações quantas forem as capacidades legítimas de teorização permitidas pela lógica e pela argumentação humanas, as quais, de todo modo, hão de ser confirmadas ou refutadas por alguma forma legítima de verificação, venha esta de quem vier, ou melhor, de quaisquer das partes em litígio.

Posner (2007, p. 274-275) parte de duas condições que, a seu ver, podem levar a um julgamento probabilístico mais ou menos confiável sobre a efetiva existência de discriminação indireta: (i) se o trabalho for tão rotineiro e uniforme que, do ponto de vista do empregador, os empregados sejam facilmente intercambiáveis, desde que satisfaçam critérios mínimos de desempenho observáveis; e (ii) haja um grande número de trabalhadores de uma dada raça ou gênero. Se não se puder afirmar que tais condições ocorram, o resultado da lide será dependente do ônus da prova ou dos preconceitos e inclinações do tribunal, e não do que possa ser considerado como a verdade dos fatos¹⁴¹. Nesse âmbito, ao mesmo tempo em que o MPT se preocupou em evidenciar a ocorrência parcial da condição definida em (ii) – por exemplo, ao confrontar a percentagem de negros no quadro do Itaú, 23,3%, com a sua

¹⁴¹ Essas condições muito se parecem com as que se colocam, na economia discriminação, como condição para que os ganhos de todos os empregados, em uma economia de mercado competitivo, venham a se igualar: (i) os indivíduos tiverem preferências, habilidades e *background* idênticos, a implicar produtividades equivalentes; (ii) os empregos sejam igualmente atraentes; e (iii) os trabalhadores tiverem perfeita mobilidade entre os diversos empregos. Como se observa, tais condições não ocorrem no mundo real e, por isso, diferenciais de salários sempre ocorrem (CARVALHO et al., 2008, p. 371).

presença dominante na população economicamente ativa (PEA) do Distrito Federal, 54,0% –, pouco ou nada se deteve em informar sobre a asserção enunciada em (i).

Além disso, a exigência de que o quadro de uma empresa se adéque ao perfil da PEA do local onde atua, em certa medida, afasta-se da razoabilidade, quando se sabe que, a uma, nem todas as pessoas – independentemente a que sexo, raça ou faixa de idade pertençam – são propensas a buscar emprego uniformemente nos diversos setores da economia, de modo que a equalização da distribuição seja uma condição necessária para se concluir sobre a inexistência de processos discriminatórios ocultos, tal como subentende o MPT em vista das medidas que propôs aos bancos-réus em seu **Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta**. Se as teses da psicóloga educacional Carol Gilligan estiverem certas (*vide* seção 1.2.5.3) – e há boas razões para aceitá-las, pois resultam de experiências de alcance prolongado no tempo –, as mulheres são bem mais propensas a buscar empregos em áreas nas quais possam expressar a sua ética pelo cuidado dos outros. E isso mesmo em concorrência a outras pesquisas a evidenciar que o setor bancário é um dos que mais praticam segmentação por gênero no mercado de trabalho, sendo dominado numericamente por homens, embora não de modo específico no quadro das instituições em foco no Distrito Federal.

A duas, como argumenta Posner (2010, p. 425), ainda que esteja localizada em área cuja população negra seja numerosa, pode ser que uma empresa tenha contingente de empregados negros sub-representado – tal como no caso dos quadros dos bancos em análise – por motivos não especificamente relacionados à discriminação, tais quais: (i) insuficiência na oferta de mão de obra de negros com o conhecimento ou treinamento necessários aos serviços disponíveis; (ii) os negros podem não gostar do tipo de trabalho oferecido; ou (iii) podem não estar cientes da abertura de novas vagas.

Empregando um raciocínio de natureza eminentemente econômica, Posner (2010, p. 425-426) observa que se há de decidir entre as opções legais de prevenir a discriminação ou de melhorar as condições de vida dos negros. Diz ele que há boas razões econômicas para se escolher a primeira, mesmo frente à pertinência de redistribuição de riqueza em favor dos negros: a contratação de empregados despreparados gera custos adicionais às empresas para dotá-los dos conhecimentos mínimos para que possam vir a oferecer uma produtividade satisfatória; ademais, a contratação de pessoas que não gostam do tipo de trabalho oferecido gera custo para empresa, mas não um benefício para os empregadores, pois representa, para estes, mera compensação pelo custo não pecuniário do

emprego. De maneira similar, se não gerar o afluxo requerido de trabalhadores qualificados, o custo de divulgação de vagas pode não ser restituído pelo benefício que dela se aufera. Ao final, se a empresa tiver suficiente poder de mercado, esses custos adicionais acabam por ser repassados aos consumidores de seus produtos ou serviços.

Conclui então Posner, tal como o lusitano Guilherme Machado Dray (1999, p. 320), que, em consequência dos efeitos colaterais sobre a eficiência do mercado, a melhor sanção contra empregadores que infringem leis antidiscrimatórias seja a imputação de indenização por perdas e danos a todos os indivíduos negros que haja discriminado. Esse tipo de sentença, compensatória e preventiva, diz ele, é preferível a uma decisão que obrigasse o empregador a contratar negros contra a sua vontade, pois isso o forçaria a demitir brancos ou favorecer candidatos negros em detrimento de brancos até o cumprimento da meta estipulada. Sentenças nesses moldes podem distribuir benefícios e impor ônus, respectivamente, a quem não haja sofrido discriminação ou a quem não tenha preconceito contra negros.

Para encerrar esta seção, parte-se para um exercício contrafático envolvendo números do quadro de pessoal do Banco Central do Brasil (Bacen)¹⁴², que, por sua condição de autarquia especial, inscreve-se entre as entidades governamentais obrigadas a atender às determinações do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, ou seja, realização de concursos públicos para admissão de servidores.

Em 31 de dezembro de 2011, o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIARH) do Bacen apontava para a existência de predomínio acentuado de homens em suas fileiras, 80,2%, em relação às mulheres, 19,8%. Idem, de servidores autodeclarados não negros, 83,8%, em relação aos negros, 16,2%, entendidos estes como pretos e pardos. A composição geral do quadro nas dez capitais onde há representações da autarquia, sob o ponto de vista da conexão cruzada entre raça e gênero, era a seguinte: homens não negros – 65,9%; mulheres não negras – 17,9%; homens negros – 14,2% e mulheres negras – 2,0%.

Com esses números, não fosse a mencionada condição de acesso pela via do concurso público – que, no geral, equalizaria as condições de concorrência com as do setor

¹⁴² O autor desta dissertação é absolutamente responsável pelas ilações que extrai dos números referentes ao quadro de servidores do Bacen, não sendo, portanto, de responsabilidade institucional quaisquer efeitos que porventura delas derivem.

privado da economia, caso se desconsidere a valoração pelos salários –, poder-se-ia concluir, açodadamente, que a composição do quadro de pessoal do Bacen, integrado por técnicos (nível médio), analistas (nível superior) e procuradores (nível superior), seria o resultado de um processo que, muito provavelmente, teria incorporado discriminação com viés de raça e gênero, pois, as cifras apresentadas são ainda mais graves do que, por exemplo, as do Itaú (*vide Tabela 3*, p. 143), respeitada ainda a condição de que, neste último, os números são referentes apenas ao Distrito Federal.

A análise merece incursões mais minudentes em relação a cada um dos fatores discriminantes envolvidos, ou seja, quanto ao gênero e quanto à raça. Especificamente no que respeita ao primeiro, é evidente que as mulheres estão bastante subrepresentadas, mas a questão que se deve colocar, previamente, é se, apresentando já as mulheres média superior à dos homens em anos de estudo no Brasil, quais seriam os motivos pelos quais o resultado de aprovação e de admissão aos quadros do Bacen não se aproxima, nem de longe, da participação feminina na oferta de mão de obra para cada uma das carreiras disponíveis.

Embora não se conheça a proporção de mulheres que, de fato, se inscreveu para submeter-se aos concursos efetivamente ocorridos, pode-se presumir, como hipótese, que tenha estado muito distante da paridade com os homens, primeiramente em razão de que a atividade de regulação e de fiscalização das instituições do Sistema Financeiro Nacional parece não atraí-las, como que a ratificar a existência de segmentação por gênero no que tange às atividades do mercado laboral. Se resultante de conformação a um reiterado processo de discriminação ou de outros fatores que estejam atrelados a um padrão de comportamento ético particular das mulheres, tal opção merece investigação muito além dos interesses imediatos deste roteiro exploratório.

E então se alcança algo que pode representar algum paralelismo entre o setor privado e o setor público em relação às condições pré-contratuais: os editais de concursos públicos firmam condições de admissibilidade – conhecimentos e habilidades, principalmente – que seriam mais ou menos equivalentes às condições estipuladas na oferta direta de trabalho pelo setor privado. Esse mínimo elemento comum serviria como desincentivo à procura por emprego pelas mulheres, a tornar diferente a oferta potencial de mão de obra feminina com determinado nível de instrução e a efetiva procura por emprego em um dado segmento da economia, como o bancário.

Além dessas considerações que tornam duvidosa a pretensão de se cotejar a composição do quadro de uma empresa segundo raça e gênero à oferta de mão de obra segundo a população economicamente ativa da região onde se encontra instalada, tem-se como contraponto necessário a crítica a que se expõe a concepção meritocrática engastada na opção pela realização de concursos públicos de admissão, em que oportunidades hipoteticamente abertas a todos, de um lado, encontra seus bornes na definição de critérios menos flexíveis para a escolha dos melhores. Se o resultado alcançado por esse modo de formação de quadros for apreciado como justo, por permitir às instâncias governamentais prover-se de pessoal qualificado – em detrimento às pretensões não menos justas de atendimento às demandas de grupos vulneráveis –, seria o caso de se perguntar, a *contrario sensu*, se seriam aceitáveis os resultados numéricos da composição dos seus quadros, assim obtidos, se fosse o setor privado a adotar a mesma modalidade de seleção, qual seja, a de concursos público.

Claro está que a assimetria que se verifica nos quadros de recursos humanos tanto do setor privado quanto do público, em comparação à oferta potencial segregada por raça ou gênero, tanto pode decorrer do desnivelamento das condições de partida, que não se pautam pela igualdade substancial de oportunidades a todos, gerando má formação e limitado nível de qualificação geral nos pontos de chegada – e poder-se-ia levantar como hipótese que esta é a situação mais recorrente –, quanto pode dimanar de práticas discriminatórias espúrias.

Em vista de tais ponderações, pode-se contemporizar com uma solução mediada para o problema das desequiparações capazes de incorporar ou não processos ocultos de discriminação contra categorias no âmbito do mercado de trabalho. Mediante a flexibilização do ônus da prova, nos moldes propostos no subitem 3.2.2 anterior, torna-se viável atingir certo grau de certeza ou de mitigação de incerteza, de sorte que, superando a instabilidade na instrução probatória, poderá a questão ser solucionada pela definição de um dos seguintes caminhos: ou (i) se reconhece, pela via judicial, que as desigualdades apontadas não são legítimas, por resultarem de processos discriminatórios vedados por lei – e então se imputem as responsabilidades cabíveis aos demandados; ou (ii) sob a negativa anterior, retorne-se o problema à esfera do Poder Legislativo e, sobretudo, do Executivo, para a consecução de ações afirmativas nas políticas públicas de emprego, convenientemente direcionadas à solução ou à atenuação dos problemas levantados.

Comentários Finais ao Capítulo 3

O estudo de caso, referente às cinco ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) contra bancos atuantes no Distrito Federal, permite uma série de reflexões que ultrapassam bastante os limites do domínio estritamente jurídico no que tange ao problema da discriminação indireta no mercado laboral.

De início, nota-se que o instrumento denominado Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, sob a forma proposta pelo MPT, procurava levar à apreciação dos demandados um elenco de metas, a serem cumpridas em cinco anos, com o objetivo de equalizar seus quadros ao perfil da população economicamente ativa do Distrito Federal, segundo raça e gênero, além de elidir diferenças salariais por intermédio de igualação da remuneração média dessas categorias vulneráveis à do grupo que lhe serviu de parâmetro, ou seja, o de homens brancos.

Nos moldes assim propostos, o referido termo não deixava de configurar um autêntico plano de ação afirmativa em favor das categorias coletivas nomeadas, cujos interesses, em última instância, são tutelados pelo Ministério Público. Além do mais, se aceito pelos compromissários, tácita ou expressamente, poderia representar o reconhecimento de que vinham incorrendo em práticas discriminatórias ilegais.

Se, por fim, foi recusado pelos bancos acionados, é possível que essa decisão também tenha representado a defesa obstinada de quaisquer intervenções em sua liberdade de contratar quem bem lhes aprouvesse e em sua autonomia na gestão dos negócios, não podendo se olvidar, além disso, os potenciais impactos sobre o próprio contingente de funcionários de suas agências localizadas no Distrito Federal.

Afinal, o choque sobre os custos seria direto – ainda que diferido por cinco anos –, pois, para contratar mais pessoas negras com o fito de atingir a cota imposta, talvez fosse necessário que se incorresse no despropósito de ter-se que demitir homens brancos, com a assunção de passivos desproporcionais pelo presumível despedimento sem justa causa e o provável comprometimento do ponto de equilíbrio operacional. Some-se a isso a meta de equalização dos salários de mulheres, negras e brancas, e de homens negros com o montante médio percebido por homens brancos, sem que se tenha a faculdade para reduzir este último em vista das regras trabalhistas vigentes, e então se poderá apreciar melhor a extensão de todas as medidas alvitradas.

Em outro plano, a decisão das instituições financeiras em se exporem a demandas com potencial para sujeitá-las a riscos de imagem, de um modo ou de outro, passou, de modo similar, pelo frio cálculo das chances de sucesso ao término das lides, haja vista que as chances de perdê-las, em princípio, eram mínimas. Ora, sem o ônus de produzir prova de fato negativo, os agora bancos-réus limitaram-se, em suas peças, a negar as acusações sustentadas pelo MPT, acusações que, no geral, limitavam-se a atribuir a indícios estatísticos os efeitos de discriminações ocultas, cujo nexos de causalidade estaria caracterizado pela presença de critérios subjetivos de admissão e de ascensão na carreira.

Contudo, o caso resultou improfícuo no sentido de por em crise a instrumentação processual vigente na esfera trabalhista, carente de disposições adequadas para fazer frente a causas de natureza coletiva, como as que envolvem potenciais práticas discriminatórias indiretas contra categorias ou grupos vulneráveis. Tudo porque a questão de prova constitui um nó górdio na efetividade da tutela inibitória, caso não haja uma adequada distribuição da carga probatória entre as partes em contenda.

A flexibilização do ônus probatório, sustentada doutrinariamente, mas cujo exercício não foi acolhido judicialmente no bojo das ações sob comento, apresenta-se como o único meio de obtenção de provas mais palpáveis capazes de delimitar certo grau de confiança de que o efeito mensurado seja o que parece ser, de sorte a colmatar possíveis lacunas nessa fase do processo.

Nesse contexto, de um lado, permite dar crédito aos indícios ou evidências do impacto que medidas eventualmente adotadas pelas empresas possam ter provocado, ainda que de modo não intencional, sobre as oportunidades de emprego e as remunerações dos grupos atingidos; e de outro, pelo ônus a recair sobre as entidades empregadoras, concorre para o propósito de se legitimar as aludidas exclusões, de forma a descaracterizar – ou não – a ocorrência de processos discriminatórios, devendo ser declinadas, para tanto, as justas razões que as motivaram.

A superação do problema de obtenção de provas, pela inversão de sua carga, da parte que alega para quem tem mais condições de provê-las, viabiliza a aplicação com mais alento do princípio da igualdade e de não discriminação ao domínio laboral, seja no acesso ao emprego, seja nas chances de promoção, seja ainda na remuneração auferida, além de servir de expectativa contrafática para eventuais comportamentos juridicamente inadmissíveis presentes em discriminações abstrusas. dignidade da pessoa humana

*É possível observar que a maioria das pessoas subestima a incerteza do mundo. [...] Para mim, o nosso conhecimento de como as coisas funcionam, na sociedade ou na natureza, vem trilhando nuvens de imprecisão. [...] Quando se trata de desenvolver políticas com efeitos amplos sobre um indivíduo ou a sociedade, é preciso cautela, porque não podemos prever todas as consequências.*¹⁴³

Kenneth Arrow (1992, p. 46)

CONCLUSÕES

À parte os comentários finais aos diversos capítulos desta dissertação, os quais, por si sós, sintetizam os pontos de maior relevo e reúnem conclusões parciais a cada um daqueles tópicos, oferecem-se, nos parágrafos subsequentes, algumas observações adicionais, que servem para dar arremates conclusivos a esta dissertação.

Retomando a alegoria adotada por Amartya Sen (2011, p. 43-44) sobre o problema da distribuição de bens, segundo a qual cada criança reivindica a posse ou o uso de um dado bem produzido em sociedade, põe-se em evidência que não só a sua distribuição quanto a sua produção correspondem, cada uma delas, à adoção de uma dada concepção do que seja o justo ou o bem, cuja escolha apenas pelo debate democrático pode ser levada a efeito.

O autor indiano inúmeras vezes se reporta à necessidade de integrar as dimensões ética e política das atividades de produção, de repartição e de troca, tencionando com isso enfatizar que a atividade econômica não está livre de considerações morais, e todas as formulações matemáticas e econométricas propostas pela ciência econômica não deixam de transbordar pelos seus poros o sistema de valores adotados pelos que as concebem.

Muitas práticas dos agentes econômicos subentendem determinados pressupostos que, se explicitados, estariam sujeitos ao exame crítico dos diversos segmentos da sociedade a elas expostos. Daí porque tais pressupostos, que em última instância justificam

¹⁴³ No original: “It is my view that most individuals underestimate the uncertainty of the world. [...] To me our knowledge of the way things work, in society or in nature, comes trailing clouds of vagueness. [...] When developing policy with wide effects for an individual or a society, caution is needed because we cannot predict the consequences”.

e fundamentam as decisões implementadas pelos intervenientes no mercado, são introduzidos de modo subreptício, de forma a materializar efeitos sem que suas escolhas passem pelo crivo de eventuais contratempos ou inconveniências.

E a discriminação indireta no mercado de trabalho é bem uma dessas práticas contumazes a merecer o embate da ética e da política. Ela reflete a inexistência de uma causalidade econômica pura e põe em cheque a explicação monológica proposta pela Economia, a partir de agentes que expressam preferência ou gosto pela discriminação. Se se emprega o contraste da filosofia política para investigá-la é porque há diferenças fundamentais entre a ciência econômica e as outras ciências sociais no que concerne às racionalidades que são empregadas: enquanto na primeira a racionalidade é vista em termos das escolhas que produz, nas últimas é abordada no marco dos processos que emprega. Ou em outras palavras: o indivíduo racional da economia neoclássica sempre atinge a decisão que é objetiva ou substancialmente melhor, em termos de uma dada função de utilidade. O indivíduo racional das ciências sociais, por seu turno, concebe suas decisões sob uma forma que é processualmente razoável à luz dos conhecimentos disponíveis e dos meios levados em consideração.

Isso faz a maior diferença: o que aqui se propugna é que as ações dos indivíduos se pautem por uma combinação equilibrada entre a racionalidade instrumental e a racionalidade axiológica, segundo uma concepção weberiana. São essas as razões pelas quais Adorno e Horkheimer (1969, p. 123) defendem que há de se dotar as ciências humanas e sociais, aplicadas ou não, de potencial para conceber, em momento hermenêutico prévio, um modelo de sociedade capaz de expressar a ânsia emancipadora, racional e de busca de um mundo social bom para o homem, escapando do círculo de repetição daquilo que é dado e, tanto mais, se opressivo.

Mesmo em vista dessas convicções, não há consenso sobre qual a concepção mais propícia de justiça a ser adotada pelas sociedades de um modo geral, de forma a erradicar desigualdades que incorporam ou não desequilibras espúrias, como as derivadas de processos discriminatórios. Tampouco os métodos empregados pela ciência econômica são hábeis para certificar se, em determinada situação, há incontroverso comportamento salarial discriminador, ou até mesmo de que seja legítimo atribuir-se à discriminação o *quantum* que se obtém dissociado dos fatores levados em consideração, ante a complexidade dos fatores

envolvidos, irredutíveis a um modelo explicativo simplificador, e a carga valorativa associada a seus pressupostos.

Com efeito, o problema com a abordagem residual, proposta pela economia da discriminação, é que sempre se poderá objetar que o resíduo associado à ocorrência de processo discriminatório indireto incorpora componentes desprezados pelo modelo, tais quais alguns condicionantes individuais – por exemplo, as competências pessoais – ou grupais – como as convenções coletivas de trabalho. Outro problema que se aponta é que grande parte das variáveis endógenas ou explicativas remete, ela própria, ao tratamento desigual de oportunidades de acesso às diferentes categorias de emprego; ou melhor, se negros e mulheres, segundo as estatísticas, têm menos tempo de serviço – e, por isso mesmo, são menos experientes profissionalmente –, ocupam menos cargos comissionados, pertencem a categorias socioprofissionais que remuneram menos etc., tudo isso mais parece estar afetado por processos discriminatórios fundados em fatores como a raça e o gênero, o que coloca em causa a direção da relação de causalidade dos fenômenos analisados.

Aliás, a métrica não deixa de ser um ponto crítico nos estudos em questão: Todos os métodos de medição da discriminação tendem a valorar uma dada medida estatística como a melhor para determinado caso. Entretanto, a escolha das variáveis dependentes e explicativas, da oferta de trabalho, da norma estatística e do horizonte temporal mudam não apenas a medida da discriminação, mas também a forma como ela é concebida, tal como alguns dos estudos sintetizados no Quadro 2 da seção 2.4.2 (p. 132-133), desta dissertação, deixam entrever. Tais escolhas metodológicas incorporam inevitáveis pré-concepções e expectativas sobre percepções de raça e de gênero, não de todo isentas de valoração. Daí porque a seleção do arcabouço teórico, das variáveis empregadas e do modelo estatístico não pode deixar de ser apreciada a partir do terreno normativo da filosofia política, nomeadamente no âmbito das teorias da justiça distributiva.

Mas há ainda outras questões que merecem melhor investigação, em especial na modelagem econômica de Gary Becker, a mais importante das quais a consistir na lógica da discriminação no cerne de um sistema de produção e distribuição voltado ao lucro. Argumentar que a estrutura institucional da economia brasileira é, por natureza, discriminatória exigiria a demonstração de que a discriminação traz alguma vantagem para o empregador. Em outros termos: a exclusão deliberada e sistemática de determinados candidatos a certos empregos haveria de trazer benefícios monetários aos patrões que

discriminam. Mas, por exemplo, pagar mais a trabalhadores brancos ou limitar artificialmente a oferta de trabalho disponível são práticas capazes de levar a um aumento da folha salarial, pelo menos em termos teóricos, e, portanto, a custos mais elevados e a lucros mais baixos. Além disso, seria necessário um conluio improvável entre todos os empregadores no sentido de se manterem as práticas discriminatórias, uma vez que patrões infensos à discriminação colheriam os benefícios de uma maior disponibilidade de mão de obra, pagando um salário médio mais baixo, definido pelo mercado.

Mais factível no âmbito da discriminação por gênero se mostra a teoria da discriminação estatística, a afirmar que a discriminação experimentada pelas mulheres no âmbito laboral é fruto de preconceitos e da ausência de informação que os empregadores experimentam acerca delas, o que, por sua vez, pode levá-las, ante a carência de incentivos, a um baixo comprometimento no terreno do trabalho, o que teria o efeito nefasto de ratificar os preconceitos dos empregadores.

Falar em preferência ou gosto pela discriminação, como propõe Becker (1971, p. 14), com os contratempos lógicos apontados mais acima, tem mais sentido quando se tenta compreender o preconceito e a antipatia contra os negros, não obstante a teoria da discriminação estatística também possa dar algum sentido à negativa de contratação de pessoas de cor, quando, em virtude da falta de oportunidades concretas, na origem, para obtenção de educação de qualidade e de apropriada formação técnico-profissional, os empresários acabem por atribuir, mesmo a quem do grupo que possua alta qualificação, os predicados médios esperados para a categoria como um todo.

É de se esperar, portanto, que processos discriminatórios de ordem mais geral, ocorrentes fora do mercado de trabalho, possam limitar as oportunidades de minorias e grupos vulneráveis em adquirir capital humano, em consequência das dificuldades no acesso à educação de boa qualidade ou a programas de treinamento especiais que, em termos potenciais, reforçariam tanto a sua produtividade quanto os seus rendimentos.

Levado ao plano judicial, esse domínio do hipotético e do incerto colige com a cláusula de *non liquet*, favorecendo as decisões que incitam o retorno ao embate democrático para a adoção de políticas públicas que beneficiem diretamente os grupos vulneráveis ou ainda a sanção de diplomas legais que converjam para os mesmos intentos. Pelo menos tal foi a resolução adotada, inicialmente de forma unânime pelos juízos de primeira instância, posteriormente, em recurso ordinário, pelas diversas turmas do Tribunal Regional do Trabalho

da 10ª Região, no que tange às cinco ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público do Trabalho para ver reconhecida a existência de processos discriminatórios praticados contra negros, mulheres e, já fora do âmbito de pesquisa desta dissertação, pessoas de idade.

Inábil para constituir prova nos termos em que a Justiça Trabalhista espera se ver convencida dos fatos, o confronto estatístico apresentado pelo MPT entre a composição por sexo, raça e idade da população economicamente ativa do Distrito Federal e a dos quadros dos bancos-réus, resultou em mero indício de que o impacto adverso resultante possa ter sido consequência de práticas reiteradas de discriminação indireta. Nesse aspecto, as estatísticas levantadas se equiparam aos resíduos obtidos pelos estudos econômicos sumariados: não esgotam as funções exigidas para que um fato seja provado de forma a extinguir ou atenuar a polêmica, aumentando a margem de probabilidade de que a decisão a ser tomada pouco se distancie da certeza.

À parte os problemas relativos à forma de instrução probatória em processos da espécie, a envolver interesse de coletivos e não de partes individuais em dissídio – para os quais raros foram os magistrados ou desembargadores que atentaram para as suas especificidades, em vista da expectativa de uso da forma assaz costumeira na Justiça Trabalhista, ou seja, a prova pela via testemunhal –, a imposição rígida da regra de provar a quem fizer as alegações teve como que o condão de decidir antecipadamente a lide em desfavor do MPT, sem que disso resultasse a estabilização dos conhecimentos que se tem sobre os processos discriminatórios que este houvera aventado em instituições bancárias.

Digno de nota é o fato de parte das sentenças e acórdãos reconhecer que a discriminação contra negros e mulheres no mercado de trabalho não é uma hipótese descabida – afinal, os indícios levantados pelo MPT são expressivos –, e, mesmo em face de incertezas remanescentes, os decisores não se sentiram tentados a flexibilizar o ônus da prova, atribuindo aos bancos-réus a tarefa de desincumbirem-se de desconstruir tais indícios – se capazes fossem – tendo em vista que a melhor doutrina trabalhista advoga essa possibilidade, mesmo que, no processo trabalhista, esteja restrita, legalmente, ao procedimento sumaríssimo.

Veja-se que a questão da indeterminabilidade factual leva a situações em que a verdade sobre a tese suscitada fica ao talante das inclinações do julgador. Ao se firmar que o ônus de apresentar provas restaria ao autor da ação, ou seja, ao MPT, nenhuma outra alternativa este poderia lançar mão que não fossem os comparativos estatísticos que então apresentou. Houvesse no quadro das empresas, diversamente do que se apurou, um número

proporcionalmente equilibrado de trabalhadores segundo raça e gênero, a corresponder mais ou menos com o padrão apresentado pela PEA, a comprovação estatística poderia ser empregada para produzir uma decisão com margem de acerto mais ou menos acentuada. Todavia, como tal condição de contorno não resultou satisfeita, a única forma capaz de se obter a prova capaz de solucionar a lide com margem de certeza satisfatória seria pela inversão de seu ônus aos bancos-réus.

Deixando-a de fazer, o Judiciário Trabalhista optou pela situação menos difícil, parecendo sem apetite para desvelar uma situação com potencial para configurar o arbitrário, o ilegítimo, a desigualdade de tratamento injusta, quando a própria justiça é também algo que se pode exprimir pela decisão judicial.

E há algo mais: em fundamento que buscava justificar a negativa às postulações do MPT, negou-se que fosse missão do Judiciário instituir ações afirmativas em favor de minorias ou grupos vulneráveis, como assaz ocorre nos Estados Unidos – aliás, como já se disse, às metas propostas pelo MPT em seu Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, afinal rejeitado pelas instituições financeiras, poder-se-iam associar tais pretensões – , mas parece bem duvidoso afirmar que o requerimento de tutela inibitória contra potenciais práticas de discriminação e a imposição de responsabilização pecuniária a título de danos morais coletivos possam ser considerados como ações afirmativa no estrito sentido dessa expressão.

Tudo isso ponderado, e em virtude da desarmonia entre doutrina e jurisprudência em matéria de inversão do ônus da prova na área trabalhista, propugna-se pela fixação expressa de dispositivo legal que contemple a flexibilização de que se trata, com ambas as partes tendo que cumprir determinados compromissos na instrução probatória. De um lado, sobre o demandante deverá recair o ônus de apresentar um mínimo de indícios razoáveis de existência de discriminação por motivo de raça ou gênero ou qualquer outra razão interdita legalmente, colocando o magistrado em uma zona de conforto para inverter a carga da prova. Por outro, o empregador haverá de desconstruir a presunção, provando existir uma razão justificadora suficiente, objetiva e razoável, capaz de confirmar que não haja ocorrido a vulneração do princípio da igualdade de tratamento e de não discriminação.

Assim, ante a existência de desigualdades, para as quais, como observa Isaiah Berlin (1978, p. 74), as justificativas nunca são dispensáveis, aquelas ilícitas, por constituírem infringência a dispositivos de lei – tal como as presentes em processos ocultos de

discriminação –, devem merecer a necessária reprimenda judicial, por meio da imposição de responsabilidades em padrões similares aos requeridos pelo MPT, de forma a dissuadir os empregadores de persistirem em seus comportamentos juridicamente inadmissíveis. Não reconhecida a prática de discriminação indireta, regressa o problema da desigualdade à esfera do Legislativo e, principalmente, do Judiciário, em suas esferas federal, estadual e municipal, para que, no âmbito de suas atribuições, promovam ações afirmativas nas políticas públicas de emprego, hábeis a atacar o problema da desigualdade que atinge grupos vulneráveis, como no caso de negros e mulheres.

Essa segunda linha de ação converge para o embate no plano das desigualdades injustas, mas não segundo critérios legais, mas ético-políticos, o que mais uma vez justifica o percurso pelo repertório das teorias da justiça distributiva empreendido, especialmente entre aquelas em que características pessoais e contextuais conjugam-se para fomentar um quadro agregado de equilíbrio adaptativo ao longo do tempo, no qual valores como a liberdade e a igualdade sejam contemporizados para a concretização de metas de justiça social.

E aqui está o potencial libertador – empregando a terminologia seniana – que políticas públicas de educação geral e profissional são capazes de adjudicar aos indivíduos, ampliando suas capacidades, tornando-os hábeis a traduzir em concreto os funcionamentos que houverem por bem manifestar.

A educação, num plano mais abrangente, também lhes permite enfrentar de modo franco o seu destino econômico, um amálgama de operações com muitos fatores em jogo, os quais podem ser identificados, em breves linhas, pelo autodomínio, suas potencialidades e posses, eventual sorte frente a circunstâncias externas, arranjos de troca e de cooperação com outros indivíduos, além de evidentes injustiças praticadas por pessoas ou instituições.

Dentre estas últimas, o preconceito e a discriminação sobressaem, somente combatidos por uma educação voltada a valores universais, porque para além de reivindicações exclusivistas, “[...] há uma humanidade comum que ultrapassa todas as diferenças de tempo e de lugar”, como bem avaliava Norberto Bobbio (2002, p. 130). Enquanto educação universalista e democracia convergem para pontos de mútuo reforço; democracia, sexismo e racismo são incompatíveis, pois ao tempo em que a primeira se pauta por princípios universais, como a liberdade, a justiça, o respeito pelo outro, a tolerância e a não violência – não podendo uma democracia se reconhecer exclusiva, sem renunciar à

própria essência de uma sociedade aberta –, o racismo e o sexismo são antiliberais, anti-igualitários e, no extremo, podem apelar à violência.

Particularmente no que diz respeito à justiça distributiva, há evidentes diferenças de opiniões quanto aos princípios de justiça que deveriam ser implementados para presidir as relações de convivência: a cada um segundo os seus méritos, conforme as lições dos meritocratas; a cada um segundo o seu desempenho, para os defensores do liberalismo econômico; a cada um, tal como foram escolhidos, formulam os libertaristas; a cada um segundo suas necessidades, dizem os socialistas; e outros tantos critérios de similar cariz, tendo por fundamento a capacidade, o talento, o esforço, o trabalho ou o resultado.

Por isso, um juízo ético-político único e monolítico sobre a questão da justiça não deixaria de ser suspeito. No mínimo, seria artificial. Longe de ser um conceito exato, tal juízo, quando o ser humano entra em jogo, acaba por incorrer em ambiguidade e indeterminação, já que sempre supõe um dado sistema de valores e uma ideologia. Longe de se questionar aqui a legitimidade uma preferência ideológica a outra, o que se procurou evidenciar é a ocorrência de pluralidade e incerteza, dois predicados com os quais se pode qualificar todo o espectro da surpreendente experiência humana.

Sobre isso, uma derradeira palavra subtraída a John Rawls (2000, p. 654-655): nas sentenças de encerramento de **Uma Teoria da Justiça**, retoma o autor norte-americano os pressupostos morais presentes no recurso teórico da posição original, lugar hipotético onde se procura conjugar objetividade, imparcialidade e autonomia sob a opacidade do véu da ignorância, para fazer ver que esse expediente possibilita a visão do lugar de cada um na sociedade *sub specie eternitas*, na medida em que se pode vislumbrar o mundo social “[...] mesmo entre pessoas que não são contemporâneas, mas que pertencem a diferentes gerações”. Não uma eternidade fora do mundo, portanto, mas dentro dele, mediante formas de sentimentos e de pensamento racionais: um ideal de “pureza de coração” a ser atingido mediante o convívio a partir de princípios reguladores afirmados por todos, “[...] na medida em que vivem de acordo com eles, cada um do seu próprio ponto de vista”. Um projeto factível para humanos?

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Igualdade. In: _____. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 617-618.

ADAMS, Ian; DYSON, Robert W. John Rawls. In: _____. **50 pensadores políticos essenciais**: da Grécia antiga aos dias atuais. Tradução de Mário Pontes. Rio de Janeiro: Difel, 2006. p. 185-188.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **La sociedad**: lecciones de sociología. Traducción de Floreal Mazía e Irene Cusien. Buenos Aires, AR: Proteo, 1969. (Persona y Sociedad, n. 14)

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre as partes. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AGUILERA, Samara de las Heras. Una aproximación a las teorías feministas. **Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política**, Madrid, Universidad Carlos III, n. 9, p. 45-82, ene. 2009.

ALTONJI, Joseph G.; BLANK, Rebecca M. Race and gender in the labor market. In: ASHENFELTER, Orley C.; CARD, David (eds.). **Handbook of labor economics**. v. 3C. ch. 48. Amsterdam, NH: Elsevier, 1999. p. 3.143-3.259.

AÑÓN, José García. El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, Universitat de València, mar. 1999. Disponível em: <<http://www.uv.es/CEFD/2/garcia.html>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Trabalho, obra, ação. Tradução de Adriano Correia. **Cadernos de Ética e de Filosofia Política**, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, v. 7, p. 175-201, 2. sem. 2005.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: _____. **Aristóteles**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Victor Civita, 1984. p. 47-236. (Os Pensadores)

ARNESON, Richard J. Equality and equal opportunity for welfare. **Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition**, Charleston, IL, v. 56, n. 1, p. 77-93, may. 1989. Editor-in-chief Stewart Cohen.

_____. Equality. In: SIMON, Robert L. (ed.). **The blackwell guide to social and political philosophy**. Oxford, UK: Blackwell Publishers Ltd., 2002. p. 85-105.

ARROW, Kenneth. I know a hawk from a handsaw. In: SZENBERG, Michael (ed.). **Eminent economists**: their life philosophies. Cambridge, UK: M. Szenberg, 1992. p. 42-50.

BARTALOTTI, Otávio A. C. **Discriminação salarial por cor e gênero revisitada: uma abordagem da decomposição contrafactual utilizando regressões quantílicas**. 2007. 86 p. Dissertação (Mestrado em Economia). Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1784/OtavioAugustoCBartalotti07082007.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 18 set. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

BATISTA, Natália Nunes Ferreira; CACCIAMALI, Maria Cristina. Diferencial de salários entre homens e mulheres segundo a condição de migração. **Revista Brasileira de Estudos Populacionais**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 97-115, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982009000100008>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. v. 1. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Círculo do Livro; Nova Fronteira, 1990.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Traducción de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.

BECKER, Gary S. **The economics of discrimination**. 2nd. ed. Chicago, MI: University of Chicago Press, 1971.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener, CA: Batoche Books, 2000.

BERLIN, Isaiah. Equality. In: _____. **Concepts and categories: philosophical essays**. London, UK: Hogarth Press, 1978. p. 81-102.

_____. Dois conceitos de liberdade. In: _____. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora da UnB, 1981. p. 133-175. (Pensamento Político, 39)

BLANK, Rebecca M.; DABADY, Marilyn; CITRO, Constance F. (eds.). **Measuring racial discrimination: panel on methods for assessing discrimination**. Washington, DC: The National Academies Press, 2004.

BOBBIO, Norberto. Valores e Ideologias. In: _____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 267-319.

_____. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Unesp, 2002.

BONJOUR, Laurence; BAKER, Ann. O que é justiça social?. In: _____. **Filosofia: textos fundamentais comentados**. Tradução de André Nilo Klaudat et al. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 572-620.

BORJAS, George J. **Labor economics**. 3rd. ed. New York, NY: McGraw-Hill Irwin, 2005.

BRAGA, Fernando Lobo. **Discriminação no mercado de trabalho:** diferenças raciais e por sexo no ano de 2003. 2005. 32 p. Dissertação (Mestrado em Economia de Empresa), Universidade Católica de Brasília, Brasília. Disponível em: <http://www.bdtb.ucb.br/tede/tde_arquivos/2/TDE-2005-09-21T125704Z-02/Publico/Texto%20Completo.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2012.

CAIN, Glen G. The economic analysis of labor market discrimination: a survey. In: ASHENFELTER, Orley C.; LAYARD, Richard (eds.). **Handbook of labor economics**. v. 1, ch. 13. Amsterdam, NH: Elsevier, 1986. p. 693-785.

CAMPBELL, Tom. **La justicia:** los principales debates contemporáneos. Traducción de Silvina Álvarez. Barcelona: Gedisa, 2002.

CARBONELL, Miguel. Estudio preliminar: la igualdad y los derechos humanos. In: _____ (comp.). **El principio constitucional de igualdad:** lecturas de introducción. México, DF: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003. p. 9-29.

_____. **Los derechos fundamentales en México.** México, DF: CNDH; UNAM; Porrúa, 2004.

CARVALHO, Alexandre Pinto; NERI, Marcelo Cortês; SILVA, Denise Britz. Diferenciais de salários por raça e gênero: aplicação dos procedimentos de Oaxaca e Heckman em pesquisas amostrais complexas. **Ensaio Econômico**, Rio de Janeiro, n. 638, 34 p., dez. 2006. Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/934/2255.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

CARVALHO, José L. et al. **Fundamentos de microeconomia.** v. 2. Microeconomia. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social:** uma crônica do salário. Tradução de Iraci D. Poletti. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

CHINOY, Ely. **Sociedade:** uma introdução à sociologia. 19 ed. Tradução de Octávio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1993.

COELHO, Danilo; VESZTEG, Róbert; SOARES, Fabio Veras. **Regressão quantílica com correção para a seletividade amostral:** estimativa dos retornos educacionais e diferenciais raciais na distribuição de salários das mulheres no Brasil. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), Texto para Discussão n. 1483, Brasília, 22 p., abr. 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1483.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2012.

COMANDUCCI, Paolo. Uguaglianza: una proposta neo-illuminista. In: _____; GUASTINI, Riccardo. **Analisi e diritto.** Turín: Giappichelli, 1992.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença:** as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DAHL, Robert. Equality versus inequality. **Political Science and Politics**, Washington DC, v. 29, n. 4, p. 639-648, dec. 1996. Published by American Political Science Association.

D'AMATO, Anthony. Is equality a totally empty idea? **Michigan Law Review**, Ann Arbor, MI, v. 81, n. 3, p. 600-603, jan. 1983. Published by The Michigan Law Review Association.

DELACAMPAGNE, Christian. **A filosofia política hoje**: ideias, debates, questões. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução de Yadyr A. Figueiredo. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília: Ed. da UnB, 2000.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Justiça e Direito)

_____. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca Jurídica WMF)

EHRENBERG, Ronald G.; SMITH, Robert S. Gênero, raça e etnia no mercado de trabalho. In: _____. **A moderna economia do trabalho**: teoria e política pública. Tradução de Sidney Stancatti. 5. ed. São Paulo: Makron Books, 2000. cap. 12, p. 454-510.

ELSTER, Jon. Reflexiones sobre marxismo, funcionalismo y teoría de los juegos. In: ROEMER, John. **El marxismo analítico** (comp.). Traducción de Rafael Núñez Zúñiga. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 231-251.

EVARINI, Adriana et. al. **Os diferenciais de salários no Brasil no período 1999-2009**: uma investigação empírica na perspectiva da teoria da segmentação. ANPEC, Niterói, 20 p., 2011. Disponível em: <<http://anpec.org.br/encontro/2011/inscricao/arquivos/000-9073ffedb2bb640bc0aa8d51839058ac.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

FACCHI, Alessandra. El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. **Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires**, Buenos Aires, año 3, n. 6, p. 27-47, prim. 2005.

FERES JR., João; POGREBINSCHI, Thamy. **Teoria política contemporânea**: uma introdução. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FERNANDES, Maurício Machado; HERSKOVIC, Bernard; MATION, Lucas Ferreira. **Diferenciais salariais de sexo ao longo da vida**. ANPEC, Niterói, 20 p., 2009. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2009/inscricao.on/arquivos/000-44c26bb0b1171dfadc8ca38877819247.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio de igualdade. In: _____. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-212.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução de Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977. (Metodologia das Ciências Sociais e Teoria da Ciência)

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e Direito)

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Tradução de Julio Assis Simões. **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. (Os Economistas)

GARCIA, Maria Glória. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. (Justiça e Direito)

GERAS, Norman. **Solidarity in the conversation of humankind: the ungroundable liberalism of Richard Rorty**. London, UK: Verso, 1995.

GIANNOTTI, José Arthur. **Trabalho e reflexão: ensaios para uma dialética da sociabilidade**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

GÓIS, Luiz Marcelo F. Discriminação nas relações de trabalho. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz (coords.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOSEPATH, Stefan. Equality. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford, CA: Stanford University, 2007. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/equality/>>. Acesso em: 10 set. 2011.

GRUBER, Jonathan. **Finanças públicas e política pública**. Tradução de Antônio Zoratto Sanvincente. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2009.

GUERREIRO RAMOS, Alberto. A modernização em novas perspectivas: em busca do modelo da possibilidade. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José F. (orgs.). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Editora da UnB, 2009. p. 41-79.

HAYEK, Friedrich August von. **The counter-revolution of science: studies on the abuse of reason**. London, UK: The Free Press of Glencoe, 1964. Published by Collier-Macmillan Ltd.

_____. **Os fundamentos da liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.

_____. **Direito, legislação e liberdade:** uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. v. II. A miragem da justiça social. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985.

_____. **O caminho da servidão.** Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HEYWOOD, Andrew. **Political ideologies:** an introduction. 3. ed. New York, NY: Palgrave Macmillan, 2003.

HORWITZ, Steve. **As mulheres ganham menos do que os homens?.** Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://libertarianismo.org/index.php/videos/68-learn-liberty/142-as-mulheres-ganham-menos-do-que-os-homens>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Síntese de indicadores sociais:** uma análise das condições de vida da população brasileira - 2010. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica nº 23. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2010/SIS_2010.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2011.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e Direito)

LANQUETIN, Marie-Thérèse. La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique: approche juridique. **Migrations Études**, Paris, n. 126, p. 1-16, sept. 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho.** 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics:** o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta. Tradução de Regina Lyra. e. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LOPEZ, Eduardo Rivera. Igualdad de bienestar versus igualdad de recursos: algunos comentarios sobre la discusión y sus implicancias. **Revista de Ciencias Sociales**, Edeval, Valparaíso, n. 38 (Ronald Dworkin: estudios en su homenaje), p. 413-426, 1. e 2. sem. 1993. Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

LOVELL, Peggy A. Raça e gênero no Brasil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, São Paulo, n. 35, Desigualdades, p. 39-71, 1995.

MACINTYRE, Alasdair. A justiça como uma virtude: concepções em mudança. In: _____. **Depois da virtude:** um estudo em teoria moral. Tradução de Jussara Simões. Bauru, SP: Edusc, 2001. p. 409-427.

MADALOZZO, Regina. Occupational segregation and the gender wage gap in Brazil: an empirical analysis. **Economia Aplicada**, Ribeirão Preto, v. 14, n. 2, p. 147-168, abr./jun. 2010. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/eoa/v14n2/a02v14n2.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Princípios de microeconomia**. 3. ed. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARX, Karl. A ideologia alemã. In: FREEDMAN, Robert (sel.). **Escritos econômicos de Marx**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1966a. p. 236-237.

_____. Crítica do programa de Gotha, seção I. In: FREEDMAN, Robert (sel.). **Escritos econômicos de Marx**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1966b. p. 238-242.

MATOS, Raquel S.; MACHADO, Ana Flávia. Diferencial de rendimentos por cor e sexo no Brasil (1987-2001). **Econômica**, Rio de Janeiro, v. 8, n.1, p. 5-27, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.uff.br/revistaeconomica/V8N1/RAQUEL.PDF>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

MCCONNELL, Campbell R.; BRUE, Stanley L.; BARBIERO, Thomas P. **Microeconomics**. 9 th. ed. Toronto, CA: McGraw-Hill, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLOS, Koula. A filosofia política angloamericana contemporânea. In: RENAUT, Alain (dir.). **História da filosofia política**: as filosofias políticas contemporâneas. v. 5. Tradução de Elsa Pereira e Filipe Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 243-255.

MENDES, Ricardo Doninelli. Apresentação. In: SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Dominelli Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 11-19.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. Sobre el concepto de igualdad. In: CARBONELL, Miguel (comp.). **El principio constitucional de igualdad**: lecturas de introducción. México, DF: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003. p. 31-67.

MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. v. I. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Economistas)

_____. **On liberty**. Kitchener, CA: Batoche Books, 2001a.

_____. **Utilitarianism**. Kitchener, CA: Batoche Books, 2001b.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOULIN, Stéphane. **Réexamen des inégalités entre hommes et femmes sur le marché du travail**: des philosophies politiques aux évaluations empiriques. 2005. 295 f. Thèse de Doctorat, Sociologie, Aix-en-Provence, Université de la Méditerranée, Laboratoire d'Economie et de Sociologie du Travail (LEST), France, 2005. Disponível em: <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/09/55/42/PDF/These_moulin.pdf>. Acesso em: 10 set. 2011.

NAGEL, Thomas. Nozick: libertarianism without foundations. In: _____. **Other minds**: critical essays, 1969-1994. Oxford, UK: Oxford University Press, 1995.

NERI, Isabela Luciana Araújo et al. **Decomposição do diferencial regional de salário entre gêneros**: uma abordagem por regressões quantílicas. BNB, Fortaleza, 19 p., 2009. Disponível em: <<http://www.bnb.gov.br/content/aplicacao/eventos/forumbnb2009/docs/decomposicao.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A gaia ciência**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**: transformações contemporâneas do trabalho e da política. 1989. Tradução de Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Brasiliense, 1989.

PAIVA, Vanilda. Sobre o conceito de “capital humano”. **Cadernos de Pesquisa**, n. 113, São Paulo, p. 185-191, jul/2001.

PARIJS, Philippe van. **O que é uma sociedade justa?**: introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cíntia Ávila de Carvalho. São Paulo: Ática, 1997. (Temas, v. 54)

PATINO, Victoria M. Discriminación laboral de la mujer y modelos económicos insatisfactorios. In: MACÍAS, José I. S.; ORTEGA, Rafael C.; LÓPEZ, Fernando R. (eds.). **Economía, Derecho y tributación**: estudios em homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón. Salamanca: Ed. Universidade de Salamanca, 2005. p. 99-121.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLANTIN, Christian. **A argumentação**: história, teorias, perspectivas. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2008.

POPPER, Karl R. **Conjecturas e refutações**. Tradução de: Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1982. (Pensamento Científico, n. 1)

_____. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.

POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Traducción de Eduardo L. Suárez. 1. ed. 2. reimp. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e Direito)

_____. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. (Jurídica WMF)

PRATA, Ana Carolina Ayres Cerqueira; PIANTO, Donald Matthew. **Diferenciais Salariais por Raça no Brasil: análises contrafactuais - 1996 e 2006**. FGV, Rio de Janeiro, 44 p., 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ocs/index.php/sbe/EBE09/paper/view/1127/376>>. Acesso: 8 fev. 2012.

RAMOS, Lauro. Desempenho recente do mercado de trabalho brasileiro: 1999-2005. **Revista de Economia Política**, v. 29, n. 4 (116), p. 406-420, out/dez. 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. (Temas, v. 73)

_____. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e Direito)

RIBEIRO, Eduardo Pontual; SANTOS, Renato Vale. **Diferenciais de rendimentos entre homens e mulheres no Brasil revisitado: explorando o “teto de vidro”**. UFRJ-IE, Rio de Janeiro, 2006, 34 p. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/eventos/seminarios/pesquisa/texto06_05_02.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2012.

RICOEUR, Paul. Será possível uma teoria puramente processual da justiça? A propósito de Uma Teoria da Justiça de John Rawls. In: _____. **O justo ou a essência da justiça**. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 61-84 (Pensamento e Filosofia)

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROEMER, John E. Igualdad de oportunidades. **Isegoría**, Madrid, n. 18, p. 71-87, 1998.

RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández. **Igualdad y derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 2003.

RUSSELL, Bertrand. An outline of intellectual rubbish. In: **Unpopular essays**. New York, NY: Simon and Schuster, 1950. p. 71-111.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **As tensões da modernidade**. Fórum Social Mundial. Porto Alegre, 2002. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCORZAFAVE, Luiz Guilherme; PAZELLO, Elaine Toldo. Using normalized equations to solve the indetermination problem in the Oaxaca-Blinder decomposition: an application to the gender wage gap in Brazil. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 61, n. 4, p.535-548. out.-dez. 2007. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbe/v61n4/a06v61n4.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

SEN, Amartya. Equality of what?. In: MCMURRIN, Sterling M. (ed.). **The Tanner lectures on human values**. Salt Lake City, UT: University of Utah Press, 1980. p. 195-220.

_____. **Commodities and capabilities**. Amsterdam, NH: Elsevier Science Publishers, 1985.

_____. Markets and freedoms: achievements and limitations of the market mechanism in promoting individual freedoms. **Oxford Economic Papers**, New Series, Oxford, UK, v. 45, n. 4, p. 519-541, oct. 1993. Published by Oxford University Press.

_____. **Pobreza e fomes**: um ensaio sobre direitos e privações. Tradução de Freitas e Silva. Lisboa: Terramar, 1999a.

_____. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999b.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **Desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Dominelli Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

_____. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERRANO, Gema C.; GARZÓN, Maria José. **Diferencia y discriminación salarial por razón de sexo**. Madrid: Instituto de la Mujer, 2007 (Estudios n. 100).

SILVA, José Afonso da. Direito de Igualdade. In: _____. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 211-229.

SINGER, Peter. A igualdade e suas implicações. In: _____. **Ética prática**. Tradução de Jefferson Luís Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 25-64.

SMITH, Paul. Equality and social justice. In: _____. **Moral and political philosophy**: key issues, concepts and theories. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 113-128.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais**: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. 3. ed. Tradução de Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas corpus n. 82.424**. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: 27 dez. 2010.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 186**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>>. Acesso em: 19 jan. 2012.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid, ES: Trotta, 2005.

TEKIN, Erdal. Discrimination. In: DARITY JR., William A. (ed.). **International encyclopedia of the social sciences**. 2nd. ed. v. 2. London, UK: Thomson Gale, 2008. p. 388-392.

THOMAS, Paul. Critical reception: Marx then and now. In: CARVER, Terrell (ed.). **The Cambridge companion to Marx**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999. p. 23-54.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Paideia)

TOMEI, Manuela. Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo. **Revista Internacional del Trabajo**, Ginebra, v. 122, n. 4, p. 441-459, oct.-dic. 2003.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10. REGIÃO (TRT 10ª R.). **Ação civil pública n. 00928-2005-014-10-00-5**. Autores: Ministério Público do Trabalho e Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília. Réu: Banco Itaú Holding Financeira S.A. Brasília, 2005a. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

_____. **Ação civil pública n. 00930-2005-016-10-00-7**. Autores: Ministério Público do Trabalho e Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília. Réu: Banco Bradesco S.A. Brasília, 2005b. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

_____. **Ação civil pública n. 00936-2005-012-10-00-9**. Autores: Ministério Público do Trabalho e Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília. Réu: HSBC Bank Brasil S.A. Brasília, 2005c. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

_____. **Ação civil pública n. 00943-2005-015-10-00-0**. Autores: Ministério Público do Trabalho e Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília. Réu: Banco ABN AMRO Real S.A. Brasília, 2005d. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

_____. **Ação civil pública n. 00952-2005-013-10-00-8**. Autores: Ministério Público do Trabalho e Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília. Réu:

Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. Brasília, 2005e. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

VALLENTYNE, Peter. Justice distributive. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip; POGGE, Thomas (eds.). **A companion to contemporary political philosophy**. v. II. 2nd. ed. Oxford, UK: Blackwell Publishing Ltd., 2007. p. 548-562.

VARELLA, Santiago Falluh. Ação afirmativa no emprego como combate à discriminação racial indireta: o caso das ações afirmativas jurídicas do Ministério Público do Trabalho. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 15, n. 57, São Paulo, p. 279-300, ago-dez/2010.

VARGAS, Denise. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VILELA, Thaís; ARAÚJO, Eliane; RIBEIRO, Eduardo Pontual. **Análise do diferencial de renda do trabalho em 2008 entre diferentes gerações de trabalhadores no Brasil**. ANPEC, Niterói, 20 p., 2010. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/000-55b999f6dec2fa83a748d2dbb0ff45ea.doc>>. Acesso em: 14 jan. 2012.

VITA, Álvaro de. Justiça distributiva: a crítica de Sen a Rawls. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 471-496, 1999.

VOLTAIRE. **Cândido**. Tradução de Anni Cambé. Rio de Janeiro: Newton Compton, 1994.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e Direito)

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. v. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. (Jurídica WMF)

WELLMAN, Christopher Heath. Justice. In: SIMON, Robert L. (ed.). **The blackwell guide to social and political philosophy**. Oxford, UK: Blackwell Publishing Ltd., 2002. p. 60-84.

WESTEN, Peter. The empty idea of equality. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 95, n. 3, p. 537-596, jan. 1982. Published by The Harvard Law Review Association.

WILSON, Edward O. **Consiliência**: a unidade do conhecimento. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

WOOD, Allen. Marx y la igualdad. In: ROEMER, John. **El marxismo analítico** (comp.). Traducción de Rafael Núñez Zúñiga. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 321-342.